

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito

**A JURISDIÇÃO COMPETENTE EM MATÉRIA DE
LITÍGIOS RELATIVOS A TÍTULOS
REPRESENTATIVOS DA DÍVIDA PÚBLICA**

**Em especial, os litígios sobre certificados de
aforro**

Mafalda Torre

Mestrado em Direito Administrativo

2017

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito

**A JURISDIÇÃO COMPETENTE EM MATÉRIA DE
LITÍGIOS RELATIVOS A TÍTULOS
REPRESENTATIVOS DA DÍVIDA PÚBLICA**

**Em especial, os litígios sobre certificados de
aforro**

Mafalda Torre

**Dissertação orientada pelo
Professor Doutor João Miranda**

Mestrado em Direito Administrativo

2017

AGRADECIMENTOS

Quero aqui expressar publicamente o meu agradecimento ao Professor Doutor João Miranda, orientador desta dissertação.

Agradeço o seu compromisso, disponibilidade, paciência, incentivo, críticas e sugestões que foram essenciais para que este trabalho se concluísse e assumisse a forma que apresenta.

Agradeço, ainda, aos meus colegas e amigos que sempre me incentivaram e com quem fui debatendo temas e trocando algumas impressões.

Agradeço ainda à minha família todo o apoio e encorajamento que me deu, sem o qual este trabalho seria impossível de concretizar.

Resumo

O presente trabalho tem em vista reunir e analisar uma série de elementos históricos, legais, doutrinários e jurisprudenciais que permitam determinar a jurisdição competente para a resolução dos litígios emergentes dos títulos representativos da dívida pública.

Começando pelo elemento histórico, faz-se uma referência geral ao surgimento dos primeiros empréstimos públicos, passando-se pela evolução das teorias económicas mais significativas em matéria da dívida pública.

Posteriormente, descreve-se a evolução histórica do enquadramento da dívida pública em Portugal, incluindo as entidades que geriram a dívida pública nacional até à presente data, caracterizando-se com mais detalhe a entidade que atualmente assume essa tarefa.

Subsequentemente, é analisada a legislação que enquadra a emissão da dívida pública, examinando-se com mais detalhe o diploma que estabelece as diversas formas que podem assumir os títulos representativos da dívida pública.

Ver-se-á evidenciada a natureza e caracterização dos empréstimos públicos e, em concreto, do contrato de subscrição de certificados de aforro.

Na vertente doutrinária aborda-se o tema da natureza dos contratos celebrados pela Administração Pública, o sector público empresarial, a contratação pública, e, por último, a competência material das jurisdições envolvidas.

Será então pertinente efetuar-se uma análise da jurisprudência mais significativa proferida nos tribunais judiciais e nos tribunais administrativos e fiscais, no âmbito da resolução dos litígios emergentes da subscrição de certificados de aforro.

Em conclusão, adota-se uma posição quanto à jurisdição materialmente competente para a resolução de litígios emergentes do contrato de subscrição de certificados de aforro.

Palavras-chave: dívida pública / certificados de aforro / competência / jurisdição / litígio.

Abstract

The present paper aims to gather and analyze a series of historical, legal, doctrinal and jurisprudence elements to determine the competent jurisdiction for the resolution of litigation emerging from public debt securities.

Starting with the historical element, a general reference is made to the emergence of the first public loans, passing through the evolution of the most significant economic theories related with public debt.

Subsequently a historical description of the evolution of public debt in Portugal, including the entities that managed the national public debt up to the present date, enhancing the entity that currently assumes this role.

Afterword, the legislation framework regarding the issuance of public debt is analyzed, examining in more detail the diploma that establishes the various forms that can be used to represent the public debt.

Highlight the nature and characterization of public loans and, in particular, the contract for the subscription of savings certificates.

A doctrinal analysis related with the nature of the Public Administration contracts, public business sector, and public procurement is addressed in order to, finally, enter in to the issue of the material competence of the jurisdictions.

It will therefore be appropriate to carry out an analysis of the most significant case-law delivered in both judicial courts and administrative and tax courts, related with the resolution of disputes arising from the subscription of savings certificates.

In conclusion, the position taken regarding the materially competent jurisdiction to resolve disputes emerging from the subscription of savings certificates.

Keywords: public debt / savings certificates / jurisdiction / jurisdiction / litigation.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – CONCEITO E EVOLUÇÃO DE DÍVIDA PÚBLICA	11
CONCEITOS	11
TEORIAS ECONÓMICAS E A DÍVIDA PÚBLICA.....	12
DÍVIDA PÚBLICA E EMPRÉSTIMOS PÚBLICOS EM PORTUGAL.....	17
A JUNTA DE CRÉDITO PÚBLICO.....	20
SUMÁRIO DO CAPÍTULO	28
CAPÍTULO II – GESTÃO DA DÍVIDA PÚBLICA.....	30
ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DA DÍVIDA PÚBLICA.....	30
TÍTULOS REPRESENTATIVOS DA DÍVIDA PÚBLICA.....	37
VALORES MOBILIÁRIOS.....	39
INSTRUMENTOS MONETÁRIOS.....	41
INSTRUMENTOS DERIVADOS	43
OUTROS CONTRATOS.....	46
ORIENTAÇÕES NA GESTÃO DA DÍVIDA PÚBLICA	49
A AGÊNCIA DE GESTÃO DA TESOURARIA E DA DÍVIDA PÚBLICA	53
DESENVOLVIMENTO E FUNÇÃO DO SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL	56
SUMÁRIO DO CAPÍTULO	74
CAPÍTULO III - DA JURISDIÇÃO COMPETENTE PARA RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS EMERGENTES DA SUBSCRIÇÃO DE CERTIFICADOS DE AFORRO.....	77
NATUREZA JURÍDICA DO EMPRÉSTIMO PÚBLICO	77
O CONTRATO DE SUBSCRIÇÃO DE CERTIFICADOS DE AFORRO	80
COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS COMUNS E ADMINISTRATIVOS E FISCAIS...	82
CONTRATAÇÃO PÚBLICA	95
APRECIAÇÃO CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS	112
POSIÇÃO ADOTADA	126
CONCLUSÕES FINAIS.....	127
BIBLIOGRAFIA	130
JURISPRUDÊNCIA.....	133

SIGLAS / ABREVIATURAS

(ordem alfabética)

Ac. – Acórdão
BT - Bilhetes do Tesouro
CA – Certificados de Aforro
CAC – Cláusulas de Ação Coletiva
CC - Código Civil
CCIRS – *Cross Currency Swap*
CCP – Código da Contratação Pública
CE – Comissão Europeia
CEDIC – Certificados Especiais de Dívida de Curto Prazo
CEDIM - Certificados Especiais de Dívida de Médio Longo Prazo
CEE – Comunidade Económica e Europeia
CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CPA – Código do Procedimento Administrativo
CPC – Código Processo Civil
CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP – Constituição da República Portuguesa
CSA – *Credit Support Annex*
CT - Certificados de Tesouro
CTPM - Certificados de Tesouro Poupança Mais
CTT – Correios de Portugal, SA
CVM – Código dos Valores Mobiliários
DAE – Direito Administrativo da Economia
DL - Decreto-Lei
DLEO – Decreto-Lei de Execução Orçamental
DMIF – Diretiva dos Mercados de Instrumentos Financeiros
DR – Diário da República
DUC – Documento Único de Cobrança
EBT – Especialista em Bilhetes do Tesouro
ECP – *Euro Commercial Paper*
EGT – Estatuto do Gestor Público
EMTN – *Euro Medium Term Notes*
EP – Empresa Pública
EPE – Entidade Pública Empresarial
ESMA - *European Securities and Markets Authority*

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
EUA – Estados Unidos da América
FMI – Fundo Monetário Internacional
FRDP – Fundo de Regularização da Dívida Pública
IGCP – Instituto de Gestão do Crédito Público
IRS – *Interest Rate Swap*
ISDA – *International Swap and Derivates Association*
LEO – Lei do Enquadramento Orçamental
LOE – Lei do Orçamento de Estado
NCPTA – Novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos
OEVT – Operadores Especializados de Valores do Tesouro
OMP – Operadores de Mercado Primário
OPEP – Organização de Países Exportadores de Petróleo
OT – Obrigações do Tesouro
OTC – *Over the Counter*
OTRV- Obrigações do Tesouro Rendimento Variável
PEC – Pacto de Estabilidade e Crescimento
PI – Petição Inicial
PIB – Produto Interno Bruto
Proc. - Processo
Rec. – Recurso
RJSEP – Regime Jurídico do Sector Público Empresarial
SA – Sociedade Anónima
SEC – Sistema Europeu de Contas
STA – Supremo Tribunal Administrativo
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
TACL – Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa
TAFP – Tribunal Administrativo e Fiscal de Penafiel
TC – Tribunal Constitucional
TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJCE – Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE – Tratado da União Europeia
UEM – União Económica e Monetária

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a dívida pública tem sido um tema amplamente discutido na sociedade civil. Após a eclosão de mais uma crise económica global, sentem-se ainda os efeitos de instabilidade nos mercados de capitais e, consequentemente, a dificuldade de financiamento das dívidas soberanas.

Neste trabalho, pretende partir-se de uma base ampla de abordagem do tema da dívida pública para, depois, em particular, examinar a relação jurídica que se estabelece entre o Estado, na qualidade de emissor de títulos representativos da dívida pública, e os particulares na qualidade de financiadores.

De seguida, propõe-se centrar a análise no negócio jurídico que se estabelece entre o Estado e o particular tendo por objeto títulos representativos da dívida pública, sob a forma de certificados de aforro.

A figura dos certificados de aforro conta já com um longo historial de mais de meio século no nosso país, sendo patente, nos diversos diplomas legais que acompanharam a sua emissão, a intenção de criar um produto financeiro vocacionado para a captação da poupança (aforro) das famílias, isto é, de pequenos investidores que constituem o que é vulgarmente designado por “mercado a retalho”.

Durante este longo período de tempo, os certificados de aforro foram sendo objeto de uma natural mutação das condições da sua subscrição, fazendo com que atualmente exista neste âmbito uma apreciável diversidade de relações jurídicas contratuais.

Com a subscrição de certificados de aforro cruzam-se os interesses do Estado e dos particulares, no entanto, a relação jurídica estabelecida entre os dois nem sempre é pacífica.

Na verdade, a posição das partes e as expectativas que assumem com a celebração do negócio jurídico nem sempre coincidem, pelo que, por vezes, torna-se inevitável a intervenção judicial para a resolução dos litígios emergentes da subscrição de certificados de aforro.

Torna-se, por isso, necessário averiguar qual a natureza daquela relação jurídica para, posteriormente, se determinar qual deve ser a jurisdição

competente para a composição do litígio.

As decisões judiciais já proferidas no âmbito de litígios envolvendo a subscrição de certificados de aforro demonstram que a temática de determinação da jurisdição competente nesta matéria ainda não está devidamente sedimentada.

Com efeito, partindo da mesma causa de pedir, do mesmo pedido e do mesmo objeto do litígio, encontram-se decisões oriundas dos tribunais administrativos e dos tribunais judiciais, em que ambas as jurisdições se declaram competentes para apreciação do litígio.

A dispersão de litígios emergentes da aquisição de títulos da dívida pública pelas duas jurisdições, designadamente dos decorrentes da subscrição de certificados de aforro, conduz inevitavelmente a uma indesejável falta de segurança jurídica, prejudicial tanto para o Estado, como para os particulares.

A presente dissertação visa apresentar uma visão crítica sobre o problema ora colocado, partindo da coleção de elementos que melhor permitam desvendar a natureza do contrato de subscrição de certificados de aforro, para, de seguida, apontar uma solução quanto à determinação da jurisdição materialmente competente para a resolução destes litígios.

No que respeita à sequência de temas a abordar neste trabalho, a exposição inicia-se com o capítulo respeitante ao conceito e evolução da dívida pública, prossegue com a matéria da gestão da dívida pública e culmina com o capítulo terceiro sobre a jurisdição competente para resolução dos litígios emergentes da subscrição de certificados de aforro.

CAPÍTULO I – CONCEITO E EVOLUÇÃO DE DÍVIDA PÚBLICA

CONCEITOS

Tendo presente o objetivo principal desta dissertação, afigura-se pertinente expor um conjunto de conceitos e figuras afins que enquadrem a matéria a abordar.

Um dos conceitos centrais a considerar diz precisamente respeito ao que se deve entender por dívida pública.

O conceito de dívida pública pode assumir diversos sentidos, uns mais simples e generalistas, outros mais complexos e de maior tecnicidade.

Um conceito simples e consensual é avançado por Emanuel Augusto dos Santos¹ que define dívida pública como aquela que *“compreende todas as obrigações financeiras do Governo de uma Nação que têm de ser pagas em dinheiro – moeda nacional ou estrangeira.”*

Definição mais técnica é a de Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos², que definem dívida pública como *“o conjunto de títulos emitidos pelas Administrações Públicas, no mercado de capitais, no sentido de captar os recursos necessários para financiar a existência de défices orçamentais.”*

Como figura afim, António L. de Sousa Franco³ utiliza o termo crédito público, que posteriormente desdobra no conceito de empréstimo público.

Por crédito público entende este autor *“ todo o conjunto de operações praticadas pelo Estado a fim de obter meios de liquidez para a cobertura das suas obrigações.”*

Destas operações a mais significativa é a de empréstimo público.

Por empréstimo público entende o Autor o acordo estabelecido entre o Estado e os seus financiadores, com a finalidade de obtenção de meios de liquidez,

¹ Emanuel Augusto dos Santos, “A Dívida Pública: compreender o problema para encontrar uma solução”, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 7, número 2, Verão, p. 25

² Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos, “Economia e Finanças Públicas”, Escolar Editora, 2005, p.468

³ António L. de Sousa Franco, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, volume II, 4.ª edição – 2.ª reimpressão, Almedina, 1995, pp. 80 e ss.

assumindo a obrigação de reembolso e remuneração do capital emprestado.

Para efeitos da presente dissertação, vamos assumir um conceito amplo de dívida pública, definindo-a como o conjunto de compromissos que o Estado assume perante os terceiros financiadores; e um conceito de empréstimo público com um sentido mais restrito, isto é, como o específico acordo estabelecido entre o Estado e um terceiro do qual resultam as condições do financiamento, reembolso e remuneração do capital mutuado.

TEORIAS ECONÓMICAS E A DÍVIDA PÚBLICA

No aprofundado estudo sobre a dívida pública empreendido por Eduardo Paz Ferreira⁴, constam referências históricas a empréstimos públicos, tanto em Roma como na antiga Grécia, que remontam, respetivamente, a 392 a.C. e 282 a.C.

No entanto, apenas no século XVIII, com o advento dos Estados modernos, constitucionais e liberais, o desenvolvimento do crédito público e a criação dos mercados de capitais, surgem as primeiras teses e doutrinas económicas, no âmbito dos quais se debatia o tema da dívida pública.

Segundo Eduardo Paz Ferreira⁵, com o aparecimento dos Estados modernos o recurso ao crédito público ampliou-se significativamente, muito por causa das teorias económicas otimistas que dominavam naquela época e que defendiam que *“o crédito representava um fator de enriquecimento das nações, nunca podendo justificar qualquer motivo de apreensão, na medida em que se estaria, apenas, em presença de pagamentos feitos pela mão esquerda à mão direita”*.

Estas doutrinas consideravam o crédito público como um bem em si mesmo, dando o citado autor nota da posição particularmente otimista assumida por Isaac de Pinto, um economista mercantilista do século XVIII.

A esta conceção otimista seguiram-se teorias económicas opostas. Com efeito, Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes

⁴ Eduardo Paz Ferreira, *“Da Dívida Pública e das Garantias dos Credores do Estado”*, Almedina, 1995, p.20, anotação 5

⁵ *Obra cit.*, pp. 41 e 42.

Santos⁶ descrevem as teorias económicas que se seguiram, e que seriam designadas de “clássicas”⁷, como aquelas que propugnavam por um Estado mínimo, onde a atividade do sector público se devia limitar ao previsto em orçamento e a atividade do sector empresarial do Estado devia restringir-se ao mínimo.

Para a escola clássica os orçamentos deveriam ser equilibrados, neutros e reduzidos, privilegiando o recurso aos impostos como fonte de financiamento do Estado em detrimento do recurso ao endividamento.

No tocante ao funcionamento dos mercados entendiam que eles tendiam para a autorregulação e para o equilíbrio, desde que não fossem afetados negativamente pela intervenção estatal.

Alguns dos defensores destas teorias clássicas foram Adam Smith⁸, David Hume e David Ricardo.⁹

A respeito do endividamento público as teorias clássicas assumiam uma postura muito negativa, defendendo que esta prática conduzia a consequências nefastas no plano económico, social e político, na medida em que consideravam que a despesa pública era necessariamente improdutiva, pelo que todo o capital que lhe fosse aplicado seria forçosamente destruído. Ademais os empréstimos públicos fomentavam a insensibilidade dos cidadãos contribuintes em relação ao custo da despesa pública, o que acabaria por conduzir a um aumento da dimensão e das funções do Estado.

Para Adam Smith, o principal problema dos empréstimos públicos prendia-se com a exigência de um esforço adicional a nível da tributação. No caso dos empréstimos públicos externos, estes implicariam ainda uma saída de recursos do país. Já no caso dos empréstimos internos as consequências negativas decorriam da transferência de rendimentos dos proprietários de terra ou de *stocks* de capital para o Estado, o que significava que os proprietários ficavam

⁶ *Obra cit.*, pp. 22 e ss

⁷ Defendidas pela primeira vez por autores da escola clássica inglesa no final do séc. XVIII, início do séc. XIX.

⁸ A obra mais conhecida deste economista é o livro “Riqueza das Nações” de 1776.

⁹ A realidade das finanças públicas do Reino Unido na altura de Adam Smith era de um Estado cujo peso na economia era efetivamente reduzido (12%) mas a dívida pública era muito elevada, representando os encargos com o serviço de dívida cerca de 40% da despesa pública do país.

numa situação financeira mais debilitada que não lhes permitia desenvolver e conservar os seus bens.

Por seu lado, David Ricardo defendia que o endividamento público constituía um desvio de recursos para aplicações improdutivas, manifestando preferência que o Estado recorresse à tributação extraordinária quando assim fosse necessário, em vez do recurso ao crédito e endividamento públicos.

David Hume, por seu turno, teve o mérito de assinalar pela primeira vez que “*o recurso a empréstimos públicos mais não é do que uma forma de transferir os encargos da despesa pública para o futuro.*”

Estas teorias adversas aos empréstimos públicos mantiveram uma posição dominante na doutrina económica durante um longo período de tempo, no entanto não foram suficientes para que os Estados se abstivessem de recorrer aos empréstimos públicos como forma de obtenção de receita, com a correlativa consequência de aumento da dívida pública.

Às teorias económicas das finanças clássicas seguiram-se as teorias económicas da fase das finanças intervencionistas.

Esta fase foi contemporânea da grande depressão nos Estados Unidos da América (EUA) também conhecida por “Crise de 1929” e que se prolongou pelos anos 30. A forte recessão económica originou elevadas taxas de desemprego, decréscimo acentuado dos rendimentos nacionais, trazendo a fome e miséria a largas classes da sociedade, não só nos EUA como na economia de outros países, quer industrializados, quer em vias de desenvolvimento.

A necessidade de inverter a grave recessão económica mundial conduziu a que se colocasse em causa as teorias clássicas anteriormente defendidas.

Para Paulo Trigo Pereira, António Afonso, Manuela Arcanjo e José Carlos Gomes Santos “*O new deal do presidente Roosevelt foi o primeiro sinal claro que nem sempre os mercados são auto-regulados e que pode ser necessária a intervenção pública para relançar o crescimento económico e o emprego.*”

O economista mais representativo desta nova fase das finanças

intervencionistas foi John Maynard Keynes¹⁰. Ficou conhecida a teoria de Keynes de que se justificava pagar a pessoas para abrirem buracos para depois pagar às mesmas pessoas para os voltar a tapar, uma vez que os rendimentos pagos a esses trabalhadores iriam estimular a procura e relançar a dinâmica económica.

Na ótica de Keynes, as teorias clássicas que entendiam o recurso ao crédito público como uma forma de empobrecimento estavam incorretas no que respeita ao fenómeno da dívida interna. No entanto, e no que respeita à dívida externa, concordava com os seus efeitos de empobrecimento do país.

O Professor Sousa Franco¹¹ explica o raciocínio defendido por Keynes nesta matéria da seguinte forma: *“a menos que se lhes dê uma aplicação muito reprodutiva, o período no qual os rendimentos emergentes do empréstimo deveriam igualar os reembolso mais as prestações de capital é muito longo, o que significa que o recurso à dívida externa determinará, a curto prazo, um empobrecimento nacional. Além disso, no momento do reembolso, haverá um provável efeito inflacionista, que pesa negativamente na balança de pagamentos.”*

Ao contrário dos seus antecessores, que acreditavam que os mercados se autorregulavam e se equilibravam desde que não houvesse intervenção estatal, Keynes demonstrou que a economia poderia permanecer presa num estado de subemprego das suas capacidades produtivas caso não houvesse intervenção estatal. Poderia ser necessária que Estados se colocassem numa situação de défice para fomentar a retoma ou a manutenção do pleno emprego. Por outro lado, os bancos centrais poderiam ter de ajustar as taxas de juro tendo em consideração a procura total e a oferta do mercado, dado que o equilíbrio do mercado de facto pode não ocorrer automaticamente.

Um dos maiores legados deixados por Keynes é a ideia de que os governos

¹⁰ A obra de Keynes, inventor dos estudos macroeconómicos, foi considerada revolucionária para o pensamento económico então dominante. A obra *“Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”*, publicada em Fevereiro de 1936, tornou-se uma obra de referência económica e de política económica até à atualidade. As teorias defendidas por Keynes continuam a ser alvo de grande discussão no meio científico, destacando-se de entre os defensores das suas teorias, o Nobel da Economia de 2008, Paul Krugman.

¹¹ António L. Sousa Franco, *“Finanças Públicas e Direito Financeiro”*, volume II, 4.ª edição, 2.ª reimpressão, Almedina, 1995, p.129

podem e devem prevenir as depressões, isto é, devem adotar uma política intervencionista em situações de crise.

As finanças públicas intervencionistas caracterizam-se, assim, pela atuação do Estado na estabilização macroeconómica, na redistribuição de rendimento, assim com na disponibilização de serviços básicos para os mais carenciados.

A fase do constitucionalismo financeiro começou a desenhar-se a partir da década de 1970, quando alguns economistas¹² colocaram em causa a dimensão do sector público na economia, bem como a dimensão da dívida pública e o peso dos encargos com o serviço da dívida (os juros da dívida) na estrutura da despesa pública.

Estes economistas retomaram também a ideia de relacionar a contração de dívida pública com a transferência desses encargos para as gerações futuras. Com efeito, o ónus intergeracional consiste em ponderar o efeito da dívida num conjunto de indivíduos vivendo num tempo posterior àquele em que a mesma foi contraída e que acabam por pagar os juros e o reembolso da dívida que não contraíram. Deste ponto de vista seria irrelevante que os empréstimos fossem internos ou externos porquanto a dívida seria sempre paga pelas gerações futuras.

As crises financeiras que nesta fase se verificaram em alguns Estados gerou uma discussão política que conduziu à ideia de que os governos democráticos, ainda que detivessem maiorias parlamentares¹³, deviam ficar sujeitos a restrições que os impedissem de tomar medidas que conduzissem o respetivo Estado a incorrer em défices excessivos. Essas restrições deviam ter consagração constitucional, daí a designação de constitucionalismo financeiro.

No tocante às restrições, adotaram-se duas posições distintas. Uma mais radical que defende a existência de orçamentos equilibrados anualmente. Uma outra, mais moderada, adotada pelos países da União Económica e Monetária (UEM), que define trajetórias para a dívida pública e o défice anual das contas das administrações públicas, as quais devem ser calculadas em função de

¹² Entre outros, os autores Meade, Musgrave, Brennan e Buchanan (1980).

¹³ Como forma de minimizar a excessiva concentração do poder executivo defendem a descentralização política através de diferentes níveis de governo, isto é, central, regional e local.

valores de referência e do ciclo económico em curso.

O constitucionalismo financeiro caracteriza-se por finanças públicas vocacionadas para uma função de afetação, regras e princípios redistributivos gerais, isto é, não dirigidos a beneficiar grupos de interesses específicos, na medida em que tal circunstância conduz a injustiças.

Por último, a fase das teorias económicas relativas às finanças modernas, que atualmente vigoram, e que se caracterizam por um misto de particularidades provenientes do modelo intervencionista, designadamente mantendo alguns aspetos do Estado de bem-estar social aceites por todos os países desenvolvidos, e outras provenientes do modelo do constitucionalismo financeiro, reconhecendo-se a necessidade de estabelecer algumas restrições orçamentais de natureza constitucional.

As finanças modernas caracterizam-se, ainda, pela defesa de orçamentos de Estado que afetem uma parcela significativa das despesas na melhoria dos recursos e no crescimento económico e uma outra parcela significativa para a promoção da justiça social e da diminuição das desigualdades. Por outro lado, defende-se que as despesas correntes devem ser financiadas por impostos e as despesas de capital devem ser financiadas pelo recurso ao endividamento. Entendem, ainda, que a atividade financeira do Estado não se deve limitar às administrações públicas, devendo também incluir o sector público empresarial.

No que respeita ao nível e à taxa de crescimento da dívida pública dos Estados, defende-se a manutenção de uma dívida pública sustentável, no sentido de que os custos e o risco associados à dívida devem manter-se em níveis suportáveis mesmo que se verifiquem circunstâncias adversas. A dívida pública deverá ser controlada de forma a manter uma estabilidade intertemporal, isto é, ponderando-se o efeito do ónus intergeracional¹⁴.

DÍVIDA PÚBLICA E EMPRÉSTIMOS PÚBLICOS EM PORTUGAL

Foi durante o reinado de D. José I, em 1761, que se criou o então designado

¹⁴ Com base nestes parâmetros a UE definiu critérios económicos de convergência que estabelecem que a dívida pública dos Estados-membros deve ser inferior a 60 por cento do Produto Interno Bruto.

Erário Régio¹⁵, instituição que visava concentrar as finanças do reino, recebendo todas as receitas do país¹⁶ e dele saindo também todas as despesas.

A primeira pessoa a presidir ao cargo de Inspetor-geral do Tesouro do Erário Público foi Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal, que ocupou o cargo até 1777.

Dificuldades de financiamento da Coroa e do Real erário a que se juntaram necessidades de custear despesas de participação em guerra¹⁷ conduziram a que, no reinado de Maria I, em 1796, fosse aberto à subscrição pública um empréstimo de 10 milhões de cruzados. Os subscritores de tal empréstimo ficaram, assim, titulares de apólices do Real Erário.

Na sequência da emissão de diversos alvarás¹⁸, a natureza destas apólices passou a ser equiparada à de papel-moeda, isto é, adquiriram poder liberatório limitado e curso forçado entre titulares, podendo com elas passar-se a efetuar pagamentos de direitos e de impostos. Mais tarde, as apólices do Real Erário passaram a ter uma taxa de juro uniforme de 6% ao ano, bem como se abriu a subscrição destas apólices a cidadãos de qualquer nacionalidade.

Após emissão de um novo alvará, fundou-se a Tesouraria Geral dos Juros, a qual tinha por objetivo administrar os pagamentos e rendas das apólices do Real erário. A Tesouraria Geral dos Juros daria origem à Junta do Crédito Público que, nos primeiros anos da sua fundação, entre 1876 e 1896, geriu a Caixa Geral de Depósitos.

No início do século XIX, tinham sido já emitidas apólices do Real erário no valor de cerca de 160 milhões de reis.

Uma quantidade tão elevada de apólices em circulação provocou um aumento dos preços das matérias-primas e dos bens de consumo. Por outro lado, a ideia de papel-moeda introduzida por estas apólices não foi bem aceite pelo público, o que provocou a sua desvalorização. A estas circunstâncias juntou-se, ainda, a atividade ilegal dos especuladores de rua que rebatiam as apólices

¹⁵ Esta instituição veio substituir a Casa dos Contos do Reino.

¹⁶ Incluindo as receitas públicas das então colónias.

¹⁷ À data a *“Guerra do Roussillon”*, que decorreu entre 1793 e 1795.

¹⁸ De 10 e 13 de março e também de 13 de julho de 1797.

a taxas de juro flutuantes e indiscriminadas, o que aumentou o sentimento de insegurança sobre o seu real valor

Com o aproximar das guerras Napoleónicas, a situação financeira do país voltou a degradar-se, levando a que em 1801 se emitisse um novo empréstimo até ao montante de 12 milhões de cruzados. Porém, devido à instabilidade da economia nacional e da política europeia, a taxa de juro legal, que tinha sido estabelecida em 6%, era agora praticada em valores muito superiores.

Assim, em 1805, publicou-se um alvará que mandava emitir as primeiras apólices do Real Erário sem qualquer vencimento de juro, uma vez que eram destinadas para a circulação fiduciária e para pagamentos de pequenas quantias. No entanto, com o início das invasões dos exércitos franceses, tornou-se necessário o aumento da taxa de desconto das apólices, o que conduziu a que neste período o seu valor flutuasse entre os 17% e os 60%.

Com a invasão francesa, a Corte portuguesa fugiu em 1807 para o Brasil, tendo-se formando um governo interino liberal no país que, nas Cortes reunidas em 1821, determinou o regresso do rei D. João VI para ajurar a nova constituição liberal. Nessas mesmas Cortes determinaram diminuir a dívida pública, retirando de circulação as apólices do Real erário.

De modo a operacionalizar a retirada das apólices de circulação, fundou-se nesse mesmo ano uma instituição bancária estatal designada Banco de Lisboa¹⁹, cujas notas serviriam para substituir a função de papel-moeda das apólices do Erário.

Com início em 1832, o Erário régio entrou lentamente num processo de extinção, que apenas se concretizou em 1833. As apólices do Real Erário foram extintas por Decreto do rei D. Pedro IV, datado de julho de 1834, que determinava o fim do seu curso legal para o dia 31 de agosto, data até à qual podiam ser trocadas por títulos de dívida do Tesouro, títulos estes já equiparados a moeda metálica corrente.

¹⁹ O Banco de Lisboa seria o antecessor do primeiro banco central português: o Banco de Portugal.

Com as apólices do Real Erário resultou uma experiência bastante ruinosa para as finanças do país²⁰, o que levou Sousa Franco²¹ a descrever a situação de endividamento que se viveu naquela época da seguinte forma:

“O endividamento foi uma herança da Guerra Civil, sucessivamente agravada com a contração de empréstimos para colmatar grandes défices orçamentais, gerados pela satisfação de encargos correntes, ou, depois, para obras de fomento económico (caminhos de ferro e outros investimentos públicos no período de Regeneração (até 1928/29). No tempo da Guerra Civil, os governos tradicionalistas, como os constitucionais, recorreram a avultados empréstimos para financiar a guerra: assim, encontrou-se o Estado perante uma situação em que estava onerado, não só pelas dívidas contraídas pela facção vencedora, como pelas assumidas pela facção vencida. Ora, o recurso ao crédito para financiar despesas correntes (apesar das medidas drásticas que por vezes se ensaiaram) é causa de desequilíbrio, e vai engendrar novas operações de crédito. O reinado de D. Maria II agravou desastrosamente o endividamento constante, com crescente dependência de países estrangeiros (Inglaterra, França).”

A JUNTA DE CRÉDITO PÚBLICO

Como referimos, a Tesouraria Geral dos Juros²² foi fundada pelo alvará de 13 de maio de 1797 e tinha como finalidade administrar os pagamentos e rendas do primeiro empréstimo público realizado através das apólices do Real Erário, estando sob inspeção do presidente do Real erário.

Esta entidade, que mais tarde passaria ainda a designar-se Junta dos Juros dos Reais Empréstimos ou Junta dos Juros, foi objeto de reorganização pelo alvará de 31 de maio de 1825, tendo-lhe sido atribuída, através da Carta Constitucional, a administração, arrecadação e contabilidade da dívida do Tesouro Público.

A então designada Junta dos Juros dos Reais Empréstimos viria a ser extinta

²⁰ Para mais detalhes sobre esta matéria ver “Apólices do Real Erário”, Nuno Fernandes Carvalho, Gabinete de Património Histórico da Caixa Geral de Depósitos, Outubro de 2013, disponível para consulta em <https://www.cgd.pt/Institucional/Patrimonio-Historico-CGD/Estudos/Documents/Apolices-Real-Erario.pdf>

²¹ *Obra cit.*, p.127

²² Também designada Junta da Administração das Consignações para o Juro do Novo Empréstimo.

em 1832, criando-se, em seu lugar, a Junta do Crédito Público, quando Mouzinho da Silveira procedia à reorganização da Fazenda Pública. Foi, para tal, nomeada uma comissão interina, a qual viria a ser extinta em 1837, no momento em que a lei criou em definitivo a Junta do Crédito Público, atribuindo-lhe a função de *“administrar e arrecadar os fundos destinados ao pagamento dos juros e amortizações de toda a dívida consolidada da Nação”*.

A Junta do Crédito Público era composta por cinco membros, um eleito pela Câmara dos Deputados, dois pelo Governo e os outros dois pelos indivíduos que recebessem, da mesma Junta, juros a partir de quinhentos mil réis. O presidente era de nomeação governamental.

Em 1841, atribui-se também à Junta do Crédito Público a administração da dívida fundada externa.

Em 1887, efetuou-se uma nova remodelação e os serviços da Junta do Crédito Público transitaram para a Direção-Geral da Dívida Pública, ficando a Junta com meras atribuições fiscais e consultivas.²³

A Junta de Crédito Público foi mantendo ao longo tempo, com maior ou menor amplitude, uma certa independência e autonomia face ao Governo. Na verdade, para que os empréstimos públicos fossem efetivamente uma fonte permanente de obtenção de receitas pelo Estado, era essencial que os credores desfrutassem da garantia que os Governos não pudessem adotar condutas abusivas que interferissem e/ou desequilibrassem as condições do empréstimo, nomeadamente desencadeando mecanismos de autoridade ou de poder público que não assegurassem o cumprimento das obrigações assumidas.

A independência da Junta de Crédito Público resultava diretamente do seu diploma constitutivo e traduzia-se na forma de designação e composição dos seus órgãos diretivos assim como nos seus estatutos e atribuições. Com efeito, a composição dos órgãos diretivos da Junta por membros em representação do Governo, do Parlamento e também dos credores, aliado ao facto das suas funções se desenvolverem *“diretamente e independentemente de qualquer*

²³ Para mais informações vide sítio da Associação dos Amigos da Torre do Tombo <http://www.aatt.org/site/index.php?op=Nucleo&id=1415>

*repartição ou autoridade*²⁴” asseguravam a desejada independência.

Com o governo de ditadura de António de Oliveira Salazar²⁵, a natureza independente da Junta foi colocada em causa pela Lei n.º 1933, de 13 de fevereiro de 1936, na medida em que a Junta passou a ficar numa posição subalterna relativamente ao Governo. Simultaneamente, a composição dos órgãos diretivos também se alterou com a designação de um presidente vitalício de escolha governamental, um vogal também escolhido pelo Governo e um outro vogal escolhido pelos credores do Estado.

Com a Constituição de 1976, suspendeu-se definitivamente a representação dos credores do Estado nos órgãos de direção, porém, reforçaram-se as competências da Junta com funções relacionadas com a atribuição de indemnizações resultantes das nacionalizações que se efetuaram durante o período revolucionário. A Junta passou também a ser considerada como um *“instituto público dotado de autonomia administrativa e financeira”*, cujo objeto era *“a administração da dívida pública interna e externa”* (Decreto-Lei n.º 424/77, de 11 de outubro).

O Professor Sousa Franco descreve a Junta nesta fase da seguinte forma:

“A Junta de Crédito Público era um órgão independente e decisório, cuja actividade executiva se processava através da Direcção-geral da Junta de Crédito Público. Constituía-na três membros, entre os quais se incluía um representante dos detentores de títulos da dívida pública (juristas): a sua composição visava assim consolidar a confiança dos credores do Estado na regular gestão dos meios afetos ao pagamento da dívida. Após 25/04/1975 passou a ser constituída totalmente por titulares nomeados. Sob a orientação deste órgão colegial, cuja autonomia tradicional face à orgânica do Estado

²⁴ Conforme Leis de 16 de fevereiro de 1892 e de 20 de maio de 1893.

²⁵ Segundo Sousa Franco, *“Uma das características da gestão ortodoxa de Salazar foi o recurso muito moderado ao crédito público: com isso se renunciou a objetivos de desenvolvimento ou intervenção conjuntural por via de instrumentos monetários, mas manteve-se uma situação global ortodoxa e financeiramente sã.”* Esta situação veio, contudo, a alterar-se radicalmente no final da ditadura quando *“A necessidade de financiar gastos das guerras coloniais, nos anos sessenta, sobretudo o descontrolo orçamental nos anos setenta e oitenta tornou muito intenso o recurso ao crédito, nas suas várias modalidades”*, in *“Finanças Públicas e Direito Financeiro, volume II, almedina, 1995, p.90. Também Teodora Cardoso considera o percurso das finanças públicas portuguesas ao longo da histórica como tormentoso, descrevendo que “ O regime salazarista (1928-74) pôs termo a essas atribuições praticamente extinguindo a acumulação de dívida pública formal, tendo-se, desse modo, chegado à mudança de regime em 25 de abril de 1974 sem um mercado e dívida em Portugal”, in “Emissão e Gestão da Dívida Pública, legislação anotada”, Visilis Editores, maio, 2014, p 17.*

resultou sobretudo do pouco crédito do nosso Estado sob o liberalismo, atuava a Direção-geral da Junta de Crédito Público. A autonomia da Junta, cuja função consiste em gerir a dívida fundada (a longo prazo) do Estado, revela-se em diversos traços: é um serviço dotado de personalidade jurídica e de autonomia financeira; deve emitir voto de conformidade para a emissão de empréstimos públicos; apresenta à assembleia nacional contas em separado da Conta Geral do Estado; e deve exercer a administração da dívida pública fundada interna e a superintendência dos respetivos serviços administrativos «com independência de qualquer repartição ou autoridade».”

Através do Decreto-Lei n.º 76/83, de 8 de fevereiro, a Junta de Crédito Público perde definitivamente toda a sua independência e passa a ser considerada um mero “*organismo do Ministério das Finanças e do Plano dotado de autonomia administrativa destinado a exercer a administração da dívida pública titulada interna e externa.*”

Nesta época, passou a ser da competência da Direção-Geral do Tesouro, criada em 1976,²⁶ o exercício de funções de natureza monetária ou creditícia, designadamente as operações executivas do crédito público, a administração da dívida flutuante e o exercício de importantes funções de gestão da dívida pública. Também competia ao Tesouro a gestão do crédito a curto prazo, uma vez que se inseria nas operações de Tesouraria e a coordenação da gestão do crédito externo, na qual asseguravam a execução das operações de crédito.

Para o desempenho destas funções, a Direção-geral do Tesouro recorria a instituições de crédito ligadas ao Estado, designadamente ao Banco de Portugal que, mesmo depois da nacionalização da banca em 1975, conservava a natureza de caixa geral do Tesouro²⁷, bem como outras instituições de crédito, com lugar de relevo para a Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência.

A gestão do crédito interno a longo prazo cabia à Junta de Crédito Público apoiada pela Direção-Geral da Junta de Crédito Público, agora um departamento central personalizado.

Saliente-se que apesar de a Junta de Crédito Público ter passado a ser um

²⁶ Por cisão da Direção-Geral da Fazenda Pública, conforme Decreto-lei n.º 562/76, de 17 de julho.

²⁷ Função que exercia gratuitamente como ónus não empresarial do privilégio de emissão

mero organismo integrado no Ministério das Finanças, é-lhe atribuído, na vigência deste diploma, funções de comissão arbitral em litígios entre o Estado e os credores, competindo-lhe *“apreciar e decidir acerca das pretensões relativas à dívida pública, das habilitações à propriedade e posse dos títulos ou seus rendimentos e das dívidas emergentes dos documentos apresentados para qualquer operação”*.

Após a revolução de 25 de abril de 1974, o País atravessou uma grave crise financeira com a perda do mercado colonial, a que se aliou um contexto recessivo da economia mundial, tudo conduzindo a que se mantivesse uma condição de forte dependência externa a nível económico.

Segundo Teodora Cardoso ²⁸ a turbulência económica e política que se seguiu à revolução originou um crescimento rápido do endividamento público sem que se tivesse criado paralelamente um mercado de dívida, até por causa da própria instabilidade económica que se vivia mas também pela ausência de instituições financeiras privadas.

Ao longo de uma década a dívida foi colocada quase exclusivamente por negociação direta com bancos nacionais e estrangeiros.

Portugal tinha aderido ao Fundo Monetário Internacional²⁹ (FMI) em 1960. Esta organização internacional presta auxílio aos países com problemas estruturais graves ao nível das suas finanças públicas, mediante disponibilização de programas de ajuda financeira, tendo em vista a diminuição das desigualdades entre os países, evitando, assim, a instabilidade financeira internacional. Este auxílio é, regra geral, efetuado através da implementação de medidas de restrição económica o que geralmente implica o surgimento temporário de constrangimentos a nível social.

A primeira intervenção do FMI em Portugal ocorreu precisamente em 1977, quando o país registava uma taxa de desemprego superior a 7%, distribuição à população de bens racionados, uma taxa de inflação crescente que chegava aos 20%, um escudo em fase de desvalorização e, ainda, uma forte

²⁸ Obra cit., p.17.

²⁹ Este fundo foi criado após a II Guerra Mundial, numa altura em que toda a Europa necessitava de uma reestruturação e quando se criaram várias organizações internacionais com o objetivo de fomentar a cooperação internacional em vários domínios, monetária, económica e financeira, contribuindo para evitar futuros conflitos.

conflitualidade política no país. A estas circunstâncias aliaram-se também os efeitos de uma crise monetária internacional e dois choques petrolíferos que afetaram fortemente as economias mundiais ³⁰. À data, a atuação do FMI no nosso País resolveu o problema imediato da liquidez, mas não evitou a desvalorização da moeda.

A segunda intervenção do FMI³¹ em Portugal deu-se em 1983, durante o período do chamado bloco central (Governo de aliança entre PS e PSD) e onde mais uma vez se registava uma grave crise económica no País. A atuação do FMI nesta segunda intervenção foi mais profunda, resolvendo não só o problema de falta de financiamento que o País atravessava, como também criando as condições necessárias para a sua entrada no mercado comum em 1986, com a assinatura do Ato Único Europeu.

Efetivamente, o pedido de adesão à então Comunidade Económica Europeia (CEE) formalizou-se em 1977, todavia, apenas em 12 de junho de 1985 Portugal assinou o tratado de adesão à CEE e em 1986, em simultâneo com a Espanha, naquele que foi o terceiro alargamento do grupo europeu, o país passou a ser membro da Comunidade Europeia.

Refere Teodora Cardoso que após o duro programa de estabilização posto em prática nos dois anos anteriores pelo FMI em Portugal, começaram a existir condições para se pensar na colocação da dívida pública em mercado.

Em 1985 surgiram os Bilhetes do Tesouro (BT) que estando adaptados às condições financeiras vigentes conseguiram uma excelente aceitação pelos

³⁰ Na origem da crise monetária esteve a quebra da paridade do dólar americano e do ouro em 1971. Com esta decisão tomada pela então administração americana, o sistema monetário internacional alterou-se profundamente tendo conduzido a uma flutuação das moedas mais significativas e a uma grave instabilidade no comércio internacional. Os choques petrolíferos verificaram-se com a repentina subida dos preços do petróleo, e a sua descida de produção decretada pelos países da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), aparentemente motivada pela guerra com Israel.

³¹ O último pedido de apoio ao FMI deu-se em 2011, fruto do desequilíbrio das contas públicas internas e da conjuntura de crise dos mercados de capitais internacionais, proveniente da crise do designado *Subprime* nos Estados Unidos da América em finais de 2008. A intervenção no nosso país foi novamente extensa, tendo o FMI efetuado um empréstimo financeiro avultado, dadas as dificuldades de financiamento no mercado de capitais a taxas de juro que fossem sustentáveis para a capacidade económica do País. A devolução do empréstimo do FMI ainda se encontra a decorrer, com casos frequentes de antecipação do pagamento de prestações do empréstimo na medida em que a taxa de juros subjacentes àquele empréstimo são agora mais elevados do que aqueles que mercado de capitais atualmente disponibiliza.

agentes económicos privados, o que fez também com que se comesse a flexibilizar o apertado controlo administrativo da atividade bancária no país. No final daquele ano deu-se efetivamente a abertura do sistema bancário ao sector privado.

No período decorrido entre 1986 e 1992, Portugal efetuou grandes alterações internas a nível económico e financeiro, destacando-se a liberalização dos movimentos de capitais, em 1989, o programa de privatizações e, em 1990, a implementação do primeiro programa de estabilização macroeconómica, tendo em vista a integração na União Económica e Monetária (UEM) e no Euro.

Refere a citada Autora que com *“A abertura financeira, a a gradual eliminação do risco cambial e a consolidação da estabilidade económica criaram finalmente condições propícias ao desenvolvimento de um mercado alargado de dívida pública, ao mesmo tempo que os critérios de adesão à moeda única impediam a sua colocação junto do banco central.”*

Nesta conjuntura, em 1993, Portugal voltou a assegurar o financiamento externo através da reentrada no mercado internacional de capitais.

Em 1995, na senda dos novos desafios originados pelo contexto do financiamento dos Estados-membros decorrentes do Tratado de União Europeia (TUE) e do Euro, retomou-se a ideia de autonomização de uma estrutura análoga às instituições financeiras com competência para a emissão e gestão da dívida pública direta do Estado, à semelhança de outras estruturas análogas que se criavam nos restantes países europeus.

Assim, pelo Decreto-Lei n.º 160/96, de 4 de setembro, é criado o Instituto de Gestão do Crédito Público, I. P.³².

Do preâmbulo do diploma que criou o IGCP, I.P., consta que *“na sequência do Tratado da União Europeia, o financiamento do Estado não beneficia hoje de qualquer privilégio especial - como foram o crédito potencialmente ilimitado do banco central e a aquisição obrigatória de dívida pública pelas instituições financeiras. O financiamento do Estado é disputado no mercado, em concorrência com todos os outros operadores e em igualdade de condições (salvaguardadas as diferenças inerentes ao risco de crédito). Por consequência, a sua gestão obedece às mesmas regras, critérios e riscos a*

³² Extinguindo-se em definitivo a Junta de Crédito Público.

que se sujeita a dívida dos agentes privados, devendo ainda salvaguardar o interesse público.”

Para Teodora Cardoso a finalidade que presidiu à criação do IGCP tinha em vista “ *objetivos de minimizar os custos de financiamento da dívida pública numa óptica de longo prazo, de reduzir riscos desse financiamento e de apoiar o financiamento eficiente dos mercados financeiros*”.

Neste contexto, a dívida pública portuguesa passa a ser colocada e negociada nos mercados internacionais “*a par com os demais parceiros na EU e em condições idênticas*”.

Entende ainda aquela Autora que o sucesso da missão do IGCP passa por disfrutar das vantagens da inserção no mercado interno da zona Euro e do cumprimento dos seguintes requisitos:

“- a definição realista de objetivos a atingir e de métodos rigorosos de acompanhamento da sua prossecução;

- a aceitação plena do funcionamento dos mercados e da concorrência entre instituições, nacionais e estrangeiras, exclusivamente na base da sua eficiência em atingir os objetivos definidos;

- o reconhecimento de que a intervenção política se esgota nos dois pontos anteriores, entrando-se a partir daí em áreas essencialmente técnicas e de perícia profissional.”

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 273/2007, de 30 de julho, o IGCP passou a integrar a gestão da dívida pública direta do Estado com a gestão da Tesouraria (até ali gerida pela Direção-Geral do Tesouro e Finanças), tendo em vista tornar ainda mais eficiente a administração financeira do Estado.

Com a gestão da tesouraria, passou a incumbir ao IGCP a prestação de serviços bancários aos organismos públicos³³ em condições de economia,

³³ Atualmente o IGCP presta serviços bancários em cinco áreas estratégicas: i) compensação bancária assente na participação direta nas compensações interbancárias de cheques, transferências eletrónicas interbancárias, multibanco e nos sistemas de pagamentos em tempo real compensando as suas operações através da respetiva “conta única de liquidação” residente no Banco de Portugal; ii) tesouraria externa através da qual se pode receber e pagar em divisas estrangeiras, através de transferências bancárias ou cheques; iii) Disponibilização de um serviço de banco ao domicílio, via Internet, o *Homebanking*; iv) Aplicações financeiras vocacionadas para entidades do sector público administrativo e do sector empresarial do

eficiência e eficácia, com vista a maior rentabilização e otimização da gestão global dos fundos públicos.

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 200/2012, de 27 de agosto³⁴, o Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público passa a denominar-se Agência de Gestão da Tesouraria e Dívida Pública - IGCP, deixando a natureza de instituto público para passar a assumir a natureza de Entidade Pública Empresarial (E.P.E.).

SUMÁRIO DO CAPÍTULO

A dívida pública e os empréstimos públicos são conceitos que se complementam, na medida em que o empréstimo público é uma das formas através das quais se constitui dívida pública. Desde o século XVIII que diversas teorias económicas se foram manifestando sobre os efeitos dos empréstimos público na economia dos países. Sem prejuízo das teorias económicas mais ou menos favoráveis à contração das obrigações decorrentes dos contratos empréstimos público, certo é que esta forma de financiamento dos Estados perdurou.

Em Portugal, as primeiras experiências de empréstimo público não foram bem-sucedidas. Com efeito, o esforço para custear despesas de participação em guerra, a contração de empréstimos para colmatar défices orçamentais para satisfação de encargos correntes e ainda para fomentar obras infraestruturais de grande investimento público, levou a um aumento exponencial da dívida pública.

A par das primeiras apólices do Erário régio foram sendo criadas ao longo do tempo diversos organismos que tinham a finalidade de gerir as obrigações decorrentes dos empréstimos públicos e da dívida pública. Inicialmente essas estruturas mantiveram autonomia e independência do Estado, com vista à garantia dos credores do estado contra eventuais abusos governamentais.

Estado, designadamente produtos financeiros de dívida pública de curto e médio prazo (CEDIC ou CEDIM), a taxas de juros de mercado; v) gestão de uma alargada rede de cobranças do Estado suportada no documento único de cobrança (DUC).

³⁴ Retificado pela Declaração de Retificação n.º 56/2012, de 3 de outubro.

No período ditatorial do regime de Salazar extinguiu-se praticamente a acumulação de dívida pública em Portugal, pondo-se assim também em crise o papel da entidade que geria os empréstimos públicos e a dívida pública.

Com a revolução do 25 de abril de 1974 e as diversas crises económicas que se seguiram o papel e a independência da então Junta e Crédito Público perde por completo, no entanto são-lhe atribuídas outras funções respeitantes à atribuição de indemnizações no âmbito das nacionalizações. No tocante aos empréstimos públicos, a Junta assumiu também um novo papel de tribunal arbitral entre os interesses do Estado, os do crédito público e os dos credores

As duas intervenções do FMI e o pedido de adesão à então CEE conduziu a que Portugal implementasse grandes alterações internas a nível económico e financeiro, designadamente liberalizando o mercado de capitais, dando início ao programa de reprivatização das empresas públicas e lançando um programa de estabilização macroeconómica, tudo com o intuito de integração na UEM e na adoção do Euro.

Com a assinatura do Tratado da União Europeia o financiamento dos Estados deixou de beneficiar de qualquer privilégio, pelo que os Estados para se financiarem passaram a ter de recorrer ao mercado de capitais, em concorrência com os demais operadores privados e em igualdade de condições, sem prejuízo de salvaguardar o interesse público.

Era chegada a altura de se criar uma nova entidade cuja missão e atribuições lhe permitisse gerir eficaz e eficientemente a dívida pública, minimizando o custo de financiamento do Estado.

Com esse objetivo foi criado em 1996 o IGCP, com a natureza de instituto público, tendo-lhe ainda sido atribuído em 2007 a gestão da Tesouraria do Estado.

Em 2012, o IGCP, I.P. passa a Agência de Gestão da Tesouraria e Dívida Pública - IGCP, deixando a natureza de instituto público para passar a assumir a natureza de Entidade Pública Empresarial.

CAPÍTULO II – GESTÃO DA DÍVIDA PÚBLICA

ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DA DÍVIDA PÚBLICA

No contexto da UEM o enquadramento legislativo comunitário deixa as políticas orçamentais ficarem a cargo dos governos de cada país. No entanto, e com a finalidade de relembrar os Estados-membros da importância de se absterem de políticas que possam pôr em causa a estabilidade financeira da área Euro e a estabilidade da moeda única, estabeleceram-se algumas regras orçamentais europeias a cumprir pelos Estados-membros.

O enquadramento orçamental da UEM está definido no artigo 104.º do Tratado da União Europeia (TUE) e no Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC). Destes diplomas constam objetivos quanto à dimensão do défice orçamental³⁵ e da dívida pública das administrações públicas³⁶ e, bem assim, penalizações para os casos em que os Estados-membros não cumpram os objetivos orçamentais definidos.

Desta conjuntura, resulta que a Constituição da República Portuguesa (CRP) já não é o normativo legal máximo em matéria de definição do orçamento do país.

Neste sentido refere José Casalta Nabais³⁷ que *“a ordem jurídica interna, nomeadamente a ordem constitucional, já não constitui a totalidade da ordem jurídica em matéria orçamental e fiscal, uma vez que as constituições fiscais (orçamentais diríamos nós) estão fortemente limitadas pela constituição económica Europeia. Este processo resulta da nossa entrada na União Europeia e posteriormente da adesão à União Económica e Monetária e*

³⁵ Diferença entre receitas e despesas efetivas, sendo o saldo global negativo.

³⁶ O sector das Administrações Públicas inclui todas as unidades institucionais cuja função principal consiste em produzir bens e serviços não mercantis destinados ao consumo individual e coletivo e/ou em efetuar operações de redistribuição do rendimento e da riqueza nacional. Os recursos principais destas unidades provêm de pagamentos obrigatórios (impostos) efetuados por unidades pertencentes a outros sectores e recebidos direta ou indiretamente. O conceito administrações públicas baseia-se numa ótica económica de contabilidade pública e concretiza-se no Sistema Europeu de Contas (SEC 95). O SEC 95 foi introduzido pelo regulamento (CE) n.º 2233/96 e no que respeita às despesas e às receitas das administrações públicas pelo Regulamento (CE) 1500 (2000). Atualmente, as contas nacionais já são contabilizadas através do Sistema Europeu de Contas (SEC 2010) introduzido pelo Regulamento (EU) n.º 549/2013, de 21 de maio. Para clarificar as operações sobre o défice e a dívida pública o EUROSTAT produziu também um manual disponível para consulta em <http://ec.europa.eu/eurostat/web/esa-2010>.

³⁷ José Casalta Nabais, “Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal Portuguesa”, Revista de Legislação e Jurisprudência, nov/dez 2014, p. 103-120.

*reforçada com o Tratado de Lisboa, em vigor a partir de 1 de janeiro de 2009. Decorre desta alteração o fato de que as normas orçamentais emanadas do Direito Europeu, nomeadamente o Tratado Orçamental (...) impliquem a sua introdução na Constituição ou numa lei de valor reforçado (Portugal optou pela segunda hipótese).*³⁸

Nestas circunstâncias a elaboração do orçamentado de Estado está condicionada ao cumprimento das normas comunitárias referentes ao PEC numa perspetiva de solidariedade interestadual, impondo-se limites aos défices excessivos e, bem assim medidas corretivas a adotar, conforme resulta do exposto nos artigos 121.º e 126.º³⁹ do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

No que respeita às normas legais internas que presidem à emissão e gestão da dívida pública, a sua grande maioria assenta em disposições constantes da CRP⁴⁰, da Lei do Orçamento de Estado (LOE)⁴¹, do Decreto-Lei de Execução Orçamental (DLEO)⁴², da Lei do Enquadramento Orçamental (LEO)⁴³ e do Regime Geral de Emissão e Gestão da Dívida Pública⁴⁴, complementado ainda por diversos diplomas que regulam especificamente os diversos instrumentos de dívida e, bem assim, as normas do diploma que criou a Agência de Gestão da tesouraria e da Dívida pública - IGCP, E.P.E.⁴⁵.

No tocante às normas enquadradoras da CRP e citando Sousa Franco⁴⁶ quanto ao seu objetivo *“O Orçamento é uma previsão, normalmente anual, das despesas a realizar pelo Estado e dos processos para as cobrir, incorporando a autorização concedida à administração financeira para cobrar receitas e realizar despesas e limitando os poderes financeiros da administração em cada período orçamental”*.

³⁸ As normas orçamentais do Direito Europeu encontram-se previstas na nossa Lei do Enquadramento Orçamental.

³⁹ Os designados “procedimentos por défices excessivos”.

⁴⁰ Artigos 105.º, 106.º, 161 e 293º da CRP.

⁴¹ Atualmente Lei n.º 42/2016, de 28/12, designadamente determina os limites fixados para o acréscimo de endividamento líquido, a exposição cambial, o saldo da dívida flutuante, bem como o prazo máximo das operações de financiamento.

⁴² Atualmente Decreto-Lei n.º 25/2017, de 03/03

⁴³ Atualmente Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro

⁴⁴ Decreto-Lei n.º 7/98, de 03/02, alterado pelo art.º 81.º da Lei n.º 87-B/98, de 31/12

⁴⁵ Decreto-Lei n.º 200/2012, de 27/08, diploma que publicou em anexo os Estatutos do IGCP.

⁴⁶ *Obra cit.*, pp. 295 e ss

Em termos constitucionais, a LOE tem assim como finalidade prever mas também autorizar e delimitar o poder executivo. Neste contexto, pode-se afirmar que o orçamento tem três funções: económico-financeira, política e jurídica.

Subjacente à LOE está o DLEO que visa dar corpo às regras que desenvolvem os princípios e orientações do orçamento de modo a assegurar a sua execução. No DLEO são estabelecidas regras respeitantes à gestão da tesouraria do Estado, de prestação de informação por parte dos diferentes subsectores, de consolidação orçamental, de garantia de boa execução orçamental, bem como, da gestão de pessoal e do património imobiliário do Estado.

No que respeita à atual LEO, importa referir que veio proceder à reforma e revogação da anterior LEO, constante da Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto, sem prejuízo do período de transição que abaixo se referirá.

A reforma da LEO procurou assimilar não só as disposições da CRP, como também as referidas disposições do TFUE e do PEC, relativas aos défices excessivos, dívida pública e ainda do disposto no Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação da UEM.⁴⁷

Com este novo diploma pretende atingir-se dois grandes objetivos: iniciar a orçamentação por programas e dar continuidade à adequação do processo orçamental às novas regras orçamentais europeias.

A LEO é uma lei de valor reforçado⁴⁸, prevalecendo sobre todas as restantes normas orçamentais, por força do disposto no art.º 112, nº 3, da CRP⁴⁹.

O legislador da atual LEO optou por criar um período de transição de 3 anos⁵⁰ após a publicação deste diploma, para a implementação das normas que estabelecem o novo processo orçamental. Desta forma ficou estabelecida uma “*vacatio legis*” até 11 de setembro 2018, mantendo-se até lá em vigor as

⁴⁷ Trata-se de uma convenção internacional ratificada pelos Estados-membros, que ficou conhecida como “*fiscal compact*” do Semestre Europeu e que deu sequência ao “*six-pack*” e ao “*two-pack*”. O “*six-pack*” consistiu num conjunto de medidas legislativas comunitárias, com o objetivo de reformar o PEC e introduzir maior vigilância económica e orçamental. O “*two-pack*” teve como finalidade reforçar os esforços encetados com o “*six-pack*”, designadamente no reforço a supervisão orçamental e económica.

⁴⁸ Ver o disposto no art.º 4.º.

⁴⁹ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional a LEO é uma Lei-norma, sendo que a Lei do Orçamento do Estado é uma Lei-Medida, que se encontra, por isso, sujeita à primeira.

⁵⁰ Ver art.º 20º e art.º 8 do Preâmbulo.

normas da anterior Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto. É de prever que apenas no orçamento de Estado de 2019 se apliquem por inteiro as normas da Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro. Adicionalmente estabeleceu-se que no prazo de um ano após a entrada em vigor desta nova LEO, o Governo aprove a revisão de uma série de diplomas financeiros de forma a compatibilizá-los com a normas deste novo diploma. Destaca-se para o efeito, a revisão da Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro.

O Regime Geral de Emissão e Gestão da Dívida Pública Direta do Estado veio proceder à revogação de uma série de diplomas bastante antigos, datados de épocas diferentes e por isso de contextos temporais muito diversos.

Com efeito, constava do Despacho n.º 745/96 - XIII⁵¹, que aprovou a nomeação e extinção do grupo de trabalho de revisão do diploma, a necessidade de reformar todo o quadro normativo atualizando e sistematizando-o *“face ao contexto atual, em resultado, essencialmente, das modificações advenientes da eliminação dos privilégios do Estado no acesso ao financiamento, da globalização dos mercados financeiros, da plena liberalização dos movimentos de capitais. Do grau de sofisticação da tecnologia hoje existente, nomeadamente no domínio das telecomunicações e da informática, da diversidade de produtos e técnicas e das práticas e regulamentações internacionais.”*

Surge assim a Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro, diploma fundamental para a entrada numa nova era de gestão da dívida pública.

O princípio que enquadra a emissão e a gestão da dívida pública neste diploma determina que *“ o recurso ao endividamento público direto deve conformar-se com as necessidades de financiamento geradas pela execução das tarefas prioritárias do Estado, tal como definidas na Constituição da República Portuguesa, salvaguardando, no médio prazo, o equilíbrio tendencial das contas públicas.”*

Consta deste diploma as normas que determinam a forma de articulação dos diversos intervenientes na definição do financiamento do Estado e da gestão da dívida pública, concretamente as condições gerais sobre o financiamento,

⁵¹ Publicado no Diário da República (DR), II Série, n.º 126, de 3º de maio de 1996.

as condições das operações e as condições específicas.⁵²

As condições gerais sobre o financiamento para cada exercício orçamental são estabelecidas pela Assembleia da República. As condições das operações, designadamente as condições complementares a que obedecerão a negociação, contratação e a emissão de empréstimos pelo IGCP em nome do Estado⁵³ e as operações financeiras de gestão da dívida pública direta, são definidas pelo Conselho de Ministros, em obediência às condições gerais determinadas pela Assembleia da República. Sem prejuízo da competência do Conselho de Ministros, o Governo através do Ministro das Finanças pode ainda a qualquer momento estabelecer orientações específicas a observar pelo IGCP, tanto na gestão da dívida pública direta como no financiamento do Estado.

Em obediência ao enquadramento que antecede, as condições específicas dos empréstimos e das operações financeiras de gestão da dívida pública direta são estabelecidas pelo IGCP.

No que respeita ao papel do IGCP, este deve ter em consideração não só os princípios de rigor e eficiência, os objetivos constantes do artigo 2º ⁵⁴ e, bem assim, *“exercer uma gestão ativa da dívida pública direta, assumindo que esta não se deve limitar à mera emissão dos empréstimos e o cumprimento do seu serviço, devendo antes procurar melhorar ainda as condições gerais da carteira da dívida, em função das condições dos mercados financeiros e/ou das*

⁵² Ver artigos 4.º a 6.º do diploma.

⁵³ O IGCP exerce as suas funções através de um mandato sem representação do Estado. De acordo com o artigo 1157.º (noção) do Código Civil, mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra. O mandato é um contrato através do qual se impõe a obrigação de praticar atos jurídicos por conta de outrem. O simples mandatário age por conta do mandante mas em nome próprio – mandato sem representação (artigos 1180.º e ss); só o mandatário-representante age ao mesmo tempo por conta e em nome do mandante (mandato representativo art.º 1178.º e ss), in Abílio Neto, *“Código Civil Anotado”*, 19.ª edição, Ediforum, Edições Jurídicas, Lda., Lisboa, 2016, anotações aos artigos 1178.º e 1180.º, pp. 1188 e ss.

Note-se que no caso de gestão das operações de derivados financeiros das entidades do sector público empresarial cuja gestão da dívida seja cometida ao IGCP, o exercício desta atribuição é efetuado mediante contrato de mandato com representação, no qual se explicita não só os poderes de gestão do IGCP, bem como a remuneração devida pelo desempenho do mandato.

⁵⁴ Designadamente: a) Minimizar os custos diretos e indiretos numa perspetiva de longo prazo; b) Garantir uma distribuição equilibrada de custos pelos vários orçamentos anuais; c) Prevenir a excessiva concentração temporal de amortizações; d) Não exposição a riscos excessivos; e) Promover o funcionamento equilibrado e eficiente dos mercados financeiros.

*expectativas sobre a evolução das suas principais variáveis.*⁵⁵

O Governo através do Ministro das Finanças informa trimestralmente a Assembleia da República sobre os financiamentos realizados e as condições específicas dos empréstimos celebrados, sem prejuízo da Assembleia da República poder convocar diretamente o presidente do IGCP.

Os mutuantes podem solicitar ao Procurador-Geral da República a emissão de um parecer ou opinião legal de certificação jurídica da legalidade da emissão de dívida pública, sem prejuízo de também poderem recorrer para esse efeito a consultores privados.

A característica que usualmente sobressai no tocante à subscrição de títulos da dívida pública reporta-se às garantias que a mesma oferece e que se encontram estabelecidas neste diploma, concretamente que o pagamento de juros e ou a amortização de capital dos empréstimos integrantes da dívida pública direta são assegurados pela totalidade das receitas não consignadas inscritas no Orçamento do Estado.

De acordo com as anotações do projeto de lei-quadro sobre a dívida pública⁵⁶, a disposição sobre as garantias da dívida pública *“reflete a conceção de que o Estado deve atuar no mercado à semelhança de qualquer outro agente, não devendo em princípio, estabelecer-se privilégios para os seus credores.”*

Tendo em vista a finalidade deste trabalho, a norma do foro contida neste diploma assume grande relevância, na medida em que se determina que *“os litígios emergentes das operações de dívida pública direta serão dirimidos pelos tribunais judiciais, devendo as competentes ações ser propostas no foro da comarca de Lisboa, salvo se contratualmente sujeitas a direito e foro estrangeiro.”*

É, no entanto, curiosa a anotação que no âmbito do projeto de lei-quadro sobre a dívida pública foi inserida no artigo do foro, comenta-se a propósito deste artigo que: *“este artigo reflete, em termos jurisdicionais, a concepção privatística do contrato de empréstimo público subjacente a todo o articulado do anteprojecto e visa evitar potenciais conflitos negativos de competências.”*

⁵⁵ Cfr. anotação ao artigo 13.º do Projeto de Lei-quadro sobre a dívida pública, “Reforma da Dívida Pública”, legislação anotada, IGCP, 1.ª edição, 1999, p. 52.

⁵⁶ *Obra cit.*, p.50

Duas ideias resultam desta anotação, por um lado, a “*concepção privatística do contrato de empréstimo público*”, por outro, o “*evitar potenciais conflitos negativos de competências*”. Estas duas preocupações vieram efetivamente a verificar-se na medida em que a concepção privatística do empréstimo público parece ainda não ser um dado adquirido e o conflito de competências é uma realidade, porém, não é um conflito negativo de competências mas um conflito de jurisdições positivo.

A norma relativa à renúncia e imunidade tem em vista os empréstimos externos que fiquem sujeitos a direito e foros estrangeiros, podendo o IGCP, em nome da República Portuguesa, subscrever cláusulas de renúncia a imunidade baseada em soberania.⁵⁷

Ainda quanto à matéria dos tribunais competentes, afigura-se curial dar nota do estabelecido nos regimes anteriores revogados pela Lei n.º 7/98.

Assim, na Lei n.º 1933, de 13 de fevereiro de 1936 (diploma que promulga a reforma dos serviços da dívida pública) e também no Decreto n.º 31090, de 30 de dezembro de 1940 (diploma que instituíu o Regulamento da Junta de Crédito Público), os processos levados perante a Junta seguiam a forma sumária ou ordinária, consoante as operações em causa fossem isentas de dúvidas ou se fosse necessário apreciação de documentos, textos de leis ou instruções regulamentares. Competia à Junta decidir de acordo com a lei instituída. Apenas quando entendesse tratar-se de “*questões prévias de alta indagação*”, é que a Junta remetia as partes em litígio para os tribunais comuns.

Das decisões da Junta podia-se recorrer, nos termos e prazos do regime em vigor para os agravos em matéria cível, para os seguintes foros:

- I. Das respeitantes à administração da dívida em que tenha havido lesão de terceiros, para o Ministro das Finanças que decide em última instância;
- II. Dos que violam a lei administrativa ou os direitos dos funcionários, em

⁵⁷ Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos Seus Bens - Artigo 5º (Imunidade dos Estados) - Sob reserva das disposições da presente Convenção, um Estado goza, em relação a si próprio e aos seus bens, de imunidade de jurisdição junto dos tribunais de um outro Estado.

primeira instância para o Ministro das Finanças e deste para o Supremo Tribunal Administrativo;

- III. Dos que versarem matéria de posse ou propriedade de títulos, para o Supremo Tribunal de Justiça.

TÍTULOS REPRESENTATIVOS DA DÍVIDA PÚBLICA

Como atrás se aludiu, o Regime Geral de Emissão e Gestão da Dívida Pública Direta do Estado, constante da Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro, impulsionou a atualização dos títulos representativos da dívida pública⁵⁸.

De acordo com este diploma a dívida pública pode assumir as seguintes formas: contrato, obrigações do tesouro, bilhetes do tesouro, certificados de aforro, certificados especiais de dívida pública, promissórias⁵⁹, entre outros valores representativos de dívida.

A propósito deste artigo consta das anotações que comentam o projeto de lei-quadro sobre a dívida pública⁶⁰ que *“Reconhecendo-se a necessidade do Estado ter de recorrer a instrumentos de endividamento vigentes nos mercados financeiros não reconduzíveis às formas de representação indicadas (...), criou-se um quadro aberto de modalidades de representação e, nessa linha, prevê-se o recurso a Resolução do Conselho de Ministros.”*

Esta opção visava dar resposta à orientação do referido Despacho n.º 745/69-XIII, no sentido de *“adaptação da referida legislação aos novos contextos e práticas de funcionamento dos mercados financeiros nacionais e internacionais, e ao funcionamento do Estado como tomador de fundos sem privilégios e em concorrência com os demais agentes económicos.”*

Neste contexto, desde a entrada em vigor da Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro, foram entretanto criados outros títulos representativos da dívida pública,

⁵⁸ No âmbito da Lei n.º 1933, de 13 de fevereiro de 1936, as formas de representação da dívida pública limitavam-se à existência de títulos de cupão, ao portador, de uma, cinco e dez obrigações; certificados de dívida inserida correspondentes a qualquer número de obrigações; certificados de renda perpétua; certificados de renda vitalícia e certificados de propriedade e renda suspensa.

⁵⁹ Os certificados especiais de dívida pública e as promissórias não têm atualmente qualquer expressão no lote de instrumentos efetivamente disponibilizados pelo IGCP.

⁶⁰ *Obra cit.*, p. 50

designadamente, os Certificados Especiais de Dívida de Curto Prazo (CEDIC), os Certificados Especiais de Dívida de Médio e Longo Prazo (CEDIM), os Certificados do Tesouro (CT)⁶¹, *Repos*, Certificados do Tesouro Poupança Mais (CTPM) e as Obrigações do Tesouro de Rendimento Variável (OTRV).

Considerando as diversas formas de representação que a dívida pública pode assumir torna-se pertinente proceder à sua caracterização.

Formalmente podemos considerar que os diversos títulos representativos da dívida pública mais não são do que instrumentos financeiros⁶².

O Professor José Engrácia Antunes⁶³ define instrumentos financeiros como o *“conjunto de instrumentos juscomerciais heterogéneos suscetíveis de criação e /ou negociação no mercado de capitais, que tem por finalidade primordial o financiamento e/ou a cobertura do risco da atividade económica das empresas.”*

Os instrumentos financeiros visam satisfazer necessidades massivas de recursos financeiros, assim como cobrir riscos associados a esses avultados financiamentos.

Os instrumentos financeiros de captação de poupança podem ter natureza diversa distinguindo-se, habitualmente, as seguintes categorias de instrumentos financeiros:

- i. Valores mobiliários, que são instrumentos financeiros aptos para a obtenção de um financiamento de médio longo prazo e que podem ser subscritos por investidores institucionais e não institucionais.
- ii. Instrumentos monetários, que podem inserir-se no segmento do mercado de capitais designado de curto prazo (em geral, igual, ou inferior a 1 ano), ou no segmento de mercado monetário, este reservado a investidores institucionais (instituições de crédito), ambos se caracterizando pela sua elevada liquidez, em regra, imediata, e pelo seu baixo risco.

⁶¹ Os certificados do tesouro encontram-se suspensos desde 1 de setembro de 2012.

⁶² Aliás, instrumentos financeiros são estes e quaisquer outros como tal considerados pela Diretiva dos Mercados e Instrumentos Financeiros (DMIF).

⁶³ José Engrácia Antunes, *“Instrumentos Financeiros”*, 2.^a Edição, Almedina, 2014, p.7.

- iii. Instrumentos derivados⁶⁴, que são instrumentos financeiros resultantes de contratos a prazo celebrados e valorizados por referência a um determinado ativo subjacente.

Tendo como ponto de partida estas categorias cumpre agora enquadrar os diversos instrumentos financeiros utilizados pelo IGCP na gestão da dívida pública.

VALORES MOBILIÁRIOS

As Obrigações do Tesouro (OT)⁶⁵ constituem o principal instrumento financeiro de captação de financiamento do Estado.

As OT são valores mobiliários escriturais⁶⁶ representativos de um empréstimo de médio e longo prazo.

A colocação das OT pode ser efetuada através de um consórcio de instituições financeiras, as designadas “emissões sindicadas”, a que faremos alusão mais adiante, através da realização de leilões ou por oferta de subscrição limitada (“*tapping*”) a uma ou algumas instituições financeiras, no mercado secundário dos títulos da dívida pública⁶⁷.

As OT podem ser emitidas com prazos entre 1 e 50 anos, com ou sem cupão⁶⁸ (cupão zero)⁶⁹. Regra geral, são emitidas OT com taxa de juro fixa⁷⁰,

⁶⁴ Os derivados constituem uma categoria dos instrumentos financeiros prevista genericamente no art.º 2.º, n.º1, al. c) do CVM.

⁶⁵ Decreto-Lei n.º 280/98, de 17 de setembro, aprovou o regime jurídico das Obrigações do Tesouro.

⁶⁶ Nos termos do art.º 46.º e ss do CVM os valores mobiliários podem distinguir-se consoante a sua forma de representação, isto é, valores titulados (com representação cartular, isto é, em papel) e valores escriturais (representação eletrónica através de registo em conta).

⁶⁷ O mercado especializado de venda de títulos da dívida pública estava inicialmente circunscrito a uma única plataforma eletrónica, a MTS. Em 2010, foram admitidas mais duas plataformas eletrónicas de negociação de títulos da dívida pública, designadamente a *Brokertec* e a BGC, introduzindo neste mercado uma maior competitividade. O mercado secundário dos títulos de dívida do Estado está organizado e segmentado da seguinte forma:

- i) Negociação por grosso entre especialistas a funcionar em plataformas eletrónicas;
- ii) Transações de retalho onde são admitidas à negociação a maioria das OT emitidas. Funciona como um mercado regulamentado, designadamente a *Eurolist by Euronext* (mercado de cotações oficiais), gerido pela *Euronext Lisbon*;
- iii) Operações realizadas fora de mercado regulamentado ou “*over the counter*”.

No sistema de plataformas eletrónicas, estão admitidos à negociação todas as OT e os BT emitidos pela República Portuguesa.

⁶⁸ O cupão é o montante do juro periódico devido pelo emitente ao obrigacionista.

⁶⁹ Obrigação que não paga juros periódicos, sendo adquirida/subscrita a um preço abaixo do par (abaixo do valor nominal), por forma a proporcionar aos investidores uma compensação sob a forma de ganho de capital. Este tipo de obrigação pode igualmente ser

amortizáveis no vencimento pelo seu valor nominal⁷¹ e possibilidade de destaque de direitos (*stripping*). Podem ser emitidas no mercado doméstico (área Euro) ou em mercados internacionais.

Às novas emissões de OT aplicam-se, desde janeiro de 2013, as denominadas “Cláusulas de Ação Coletiva” (CAC), obrigatórias em todas as emissões de dívida do Estado da Zona Euro⁷². As CAC visam assegurar que uma determinada percentagem de titulares de OT possam, se necessário, deliberar sobre modificações das condições dos títulos em causa, sendo que as deliberações aprovadas por essa determinada percentagem de titulares vinculam os restantes.⁷³

As Obrigações do Tesouro de Rendimento Variável (OTRV) são também valores mobiliários representativos de empréstimos a médio e longo prazo. As OTRV são colocadas através de oferta pública de subscrição, assumem a forma escritural e ao portador⁷⁴ e são denominadas em euros. Regra geral, as OTRV pagam juros e o reembolso do capital é efetuado na data de vencimento. De salientar que as OTRV são consideradas obrigações comuns da República Portuguesa a que corresponderá um tratamento igual ao das restantes obrigações emergentes de financiamentos do Estado que se encontrem nas

adquirida/subscrita ao par (isto é, ao valor nominal) e verificar-se um reembolso na data de maturidade acima do valor nominal (prémio de reembolso) por forma a atingir o mesmo fim.

⁷⁰ Taxa de juro fixada no momento da emissão e que se mantém inalterada durante a vida do empréstimo.

⁷¹ Valor facial/inscrito dos títulos, sobre o qual são calculados os juros e que é reembolsado na data de maturidade.

⁷² Os termos de referência comuns das cláusulas de ação coletiva foram aprovados pelo Comité Económico e Financeiro da União Europeia em 18 de novembro de 2011 e estão disponíveis para consulta em <https://www.igcp.pt/pt/menu-lateral/legislacao/>

⁷³ As CAC constituem a forma encontrada pela União Europeia de evitar situações de impossibilidade de reestruturação das dívidas soberanas idênticas às que se verificaram na Argentina. Em virtude das ações judiciais interpostas num tribunal de Nova Iorque, EUA, fundos de investimento internacional especializados na obtenção de lucros de dívida, vulgarmente designados como “fundos abutre”, impediram a reestruturação da dívida soberana da Argentina sob o pretexto da interpretação das cláusulas *pari passu* integradas nos contratos de empréstimo, inviabilizando que aquele país pudesse chegar a acordo de pagamento com alguns investidores que aceitaram renegociar a dívida em detrimento daqueles que não quiseram renegociar.

⁷⁴ Recentemente a Lei n.º 15/2017, de 03 de Maio, determinou a proibição da emissão de valores mobiliários ao portador, criando um regime transitório destinado à conversão, em nominativos, dos valores mobiliários ao portador existentes à data da sua entrada em vigor, alterando, assim, o art.º 52.º e 97.º do Código dos Valores Mobiliários, bem como, os artigos 272.º, 299.º e 301.º do Código das Sociedades Comerciais. No entanto, o Decreto-Lei n.º 81-B/2017, de 7 de julho, veio determinar que o disposto naquele diploma não prejudica a emissão de dívida pública direta do Estado nos termos previstos na Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro.

mesmas condições (*pari passu*), isto é, não condicionais, não garantidas⁷⁵ e não subordinadas⁷⁶, sem prejuízo dos direitos que resultam da lei⁷⁷. As OTRV também integram CAC.

INSTRUMENTOS MONETÁRIOS

Os Bilhetes de Tesouro (BT) são instrumentos monetários⁷⁸. O valor nominal dos BT corresponde à mais pequena unidade da moeda com curso legal em Portugal (1 EUR) e são emitidos por um prazo curto, isto é, inferior a dezoito meses. Na vertente de valor mobiliário os BT assumem a forma escritural, são reembolsáveis na maturidade, sendo a sua colocação efetuada através de leilão ou subscrição limitada a investidores institucionais no mercado secundário dos títulos da dívida pública.

Os Certificados de aforro (CA) são instrumentos monetários⁷⁹. A colocação de CA é efetuada diretamente ao público e a sua subscrição apenas pode ser efetuada por pessoas singulares. Os CA assumem a forma escritural, nominativa, e são reembolsáveis na data de vencimento, podendo ser resgatados antecipadamente, regra geral, três meses após subscrição.

Os Certificados do Tesouro Poupança Mais (CTPM) são também instrumentos monetários. Assemelham-se aos certificados de aforro na medida em que podem ser subscritos por pessoas singulares, assumem a forma escritural e nominativa, e são reembolsáveis. Distinguem-se essencialmente pelo respetivo prazo de subscrição (5 anos), e pelo período mínimo de permanência, uma vez que não são passíveis de resgate durante o primeiro ano.

⁷⁵ Uma obrigação pode ser garantida ou não garantida. Nas obrigações não garantidas, os pagamentos de juros e o retorno do capital em dívida são garantidos apenas com a capacidade de crédito do emitente e o seu bom nome. Uma obrigação garantida é uma obrigação que envolve uma terceira identidade que se responsabiliza pelo incumprimento, quer do capital quer dos juros em dívida da empresa que emite as obrigações.

⁷⁶ As obrigações subordinadas e não subordinadas (estas nas obrigações comuns ou clássicas) distinguem-se na medida em que as subordinadas, em caso de falência do emitente, serem as últimas a serem reembolsadas.

⁷⁷ Designadamente o mencionado no art.º 12.º (Garantia da dívida pública) da Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro: “O pagamento de juros e ou a amortização de capital dos empréstimos integrantes da dívida pública direta serão assegurados pela totalidade das receitas não consignadas inscritas no Orçamento do Estado.”

⁷⁸ José Engrácia Antunes classifica os Bilhetes de Tesouro como instrumentos monetários “impuros”, na medida em que combinam com outro tipo de instrumento financeiro, designadamente os valores mobiliários.

⁷⁹ Neste caso, estamos perante instrumentos monetários “puros”.

Na decorrência da integração da tesouraria do Estado no IGCP e tendo em vista a aplicação de excedentes de tesouraria de entidades públicas abrangidas pela regra da unidade de tesouraria⁸⁰, em 2009, atualizou-se o regime jurídico aplicável aos Certificados Especiais de Dívida de Curto Prazo (CEDIC).

Os CEDIC são instrumentos monetários representativos de empréstimos internos de curto prazo (máximo 18 meses), que apenas podem ser subscritos por entidades do sector público administrativo e do sector empresarial do Estado, revestindo a forma escritural, regime de amortização próprio, não sendo transacionáveis em mercado secundário.

Em 2011, entendeu-se adequado que essas mesmas entidades pudessem dispor de um instrumento de aplicação dos seus excedentes de tesouraria com prazos mais alargados (superiores a 18 meses) pelo que se criaram os Certificados Especiais de Dívida de Médio e Longo Prazo (CEDIM).

As Operações de Reporte ou *Repos*⁸¹ financeiros são instrumentos de mercado monetário de muito curto prazo. Regra geral, o período temporal que medeia entre a venda e a recompra destes instrumentos raramente ultrapassa os 30 dias, respeitando usualmente a operações “*overnight*”, isto é, de 24 horas. O diferencial entre o preço de venda e de recompra constitui o juro a pagar.

Os *Repos* visam satisfazer necessidades de financiamento pontuais e são contratadas bilateralmente entre o IGCP e os denominados Operadores Especializados de Valores do Tesouro (OEVT) ou os Operadores de Mercado Primário (OMP). Na prática consiste na venda de títulos de dívida, OT ou BT emitidos para o efeito, com acordo simultâneo de recompra dos mesmos, num prazo pré-acordado. Os *Repos* são assim operações de financiamento colateralizadas⁸² por aqueles instrumentos financeiros.

⁸⁰ Entre outros ver o artigo 111.º da LOE (Lei n.º 42/2016, de 28 de dezembro) e artigo 90.º do DLEO (Decreto-Lei n.º 25/2017, de 03/03). O princípio da unidade de tesouraria determina que os serviços integrados e os serviços e fundos autónomos estão obrigados a depositar em contas na tesouraria do Estado a totalidade das suas disponibilidades, incluindo receitas próprias, seja qual for a origem ou natureza dessas disponibilidades, e a efetuar todas as movimentações de fundos por recurso aos serviços bancários disponibilizados pelo IGCP.

⁸¹ Abreviatura da expressão inglesa “*repurchase agreements*”

⁸² Um empréstimo colateralizado (*secured loan*) é um empréstimo que se encontra garantido por um ativo específico no evento de incumprimento, ou seja, é um empréstimo garantido por um colateral.

INSTRUMENTOS DERIVADOS

No tocante aos instrumentos derivados, típicos do mercado de capitais a prazo e vocacionados para a cobertura dos riscos inerentes à atividade económica desenvolvida (*hedging*), podem ainda servir finalidades especulativas⁸³ (*trading*) e de arbitragem (*arbitrage*)⁸⁴.

Os derivados são instrumentos financeiros que visam salvaguardar riscos e na sua base está um contrato através do qual se gera um instrumento financeiro.

Não estão sujeitos a forma legal obrigatória, no entanto, regra geral, as contrapartes que os celebram recorrem a formas padronizadas ou estandardizadas de contratos ou à remissão para modelos contratuais, os denominados “*master agreements*”, formulados por organizações nacionais e internacionais especializadas, com destaque para os contratos desenvolvidos pela ISDA – *International Swaps and Derivates Association*⁸⁵.

Os derivados celebrados pelo IGCP têm em vista a salvaguarda dos seguintes riscos:

- a) O risco de refinanciamento que pode decorrer de uma excessiva concentração temporal de vencimentos (a refinanciar) e do impacto negativo que essa situação pode espoletar no custo de dívida em resultado da degradação de taxas ou *spreads*⁸⁶ de emissão por efeito de grandes volumes de dívida a emitir (excesso de oferta) ou da necessidade de acumular volumosos saldos de tesouraria para fazer face a essa concentração de reembolsos.
- b) O risco de crédito que a República pode ter de suportar em caso de falência de uma entidade com quem tenha contratado transações,

⁸³ Deve entender-se “especulação” como a assunção de posições curtas ou longas num ativo em função das expectativas do agente económico. Um especulador que espere a subida do preço do ativo assume uma posição longa nesse ativo e um especulador que espere uma descida do preço assume uma posição curta no ativo. A especulação conduz a ganhos quando a expectativa se confirma, e origina perdas quando a evolução dos preços é diferente da perspectivada. Assim, a especulação, ao contrário da arbitragem e da cobertura de riscos, implica a assunção de riscos.

⁸⁴ Realização simultânea de compras e vendas de um mesmo ativo em mercados distintos (ou em diferentes segmentos de um mesmo mercado), com vista à obtenção de ganhos isentos de risco, proporcionados por inconsistências momentâneas ou desfasamentos de preços.

⁸⁵ A jurisdição dos contratos ISDA pode ser a dos tribunais ingleses, aplicando-se então a lei inglesa, ou então, a dos tribunais do Estado de Nova Iorque (Borough em Manhattan), aplicando-se as leis do Estado de Nova Iorque (EUA).

⁸⁶ A diferença entre dois preços ou entre duas taxas.

designadamente por incapacidade desta cumprir total ou parcialmente as obrigações financeiras que assumiu. Neste contexto, inclui-se o risco das agências de notação financeira baixarem para um nível inferior ou de maior risco a notação atribuída a uma contraparte, comprometendo o limite de crédito a contratar e, por consequência, a exposição permitida⁸⁷.

c) O risco de taxa de juro refere-se ao efeito da variação das taxas de juro no mercado, nomeadamente a possibilidade de se incorrer em custos de financiamento mais altos na dívida pública como resultado da evolução das taxas de juro.

d) O risco cambial respeita ao efeito das flutuações das taxas de câmbio das moedas em que se encontrem denominados os instrumentos financeiros contratados com reflexo no montante da dívida (antes e após trocas) e sobre os encargos a pagar, quando convertidos na moeda base.

e) O risco operacional que resulta da própria atividade desenvolvida pelo IGCP, designadamente eventuais perdas ou falhas que resultem de processos internos, pessoas, sistemas ou outros.

As orientações para a gestão da dívida pública de cobertura de riscos no que respeita à contratação de derivados vão no sentido de se utilizarem sobretudo instrumentos designados de “*plain vanilla*”, querendo isto significar que são utilizados aquelas formas de derivados mais conservadoras e comuns.

Os instrumentos derivados habitualmente contratados pela República são:

O *Interest Rate Swap* (IRS) que consiste num contrato financeiro em que as partes estabelecem a troca periódica de juros (e.g. uma troca de taxa juro variável para uma taxa de juro fixa). Os juros são calculados sobre a mesma moeda e sobre um capital que não chega a ser trocado.

Os *Swaptions* que são um contrato de opções sobre *swaps* de taxas de juro. Constitui-se como um contrato híbrido, na medida em que alia a estrutura de um *swap* a uma opção. O *swap* é um instrumento contratual bilateral de troca de posições jurídicas e/ou financeiras ou de instrumentos financeiros.

O IGCP celebra contratos de *Swap “over the counter”* (OTC)⁸⁸, mas apenas

⁸⁷ Relativamente a este assunto o ministro da tutela aprovou “Orientações para a gestão do risco de crédito” a ter em consideração pelo IGCP nestes procedimentos.

⁸⁸ “*Over the counter*” ou mercado de balcão que respeita genericamente ao segmento das

com contrapartes que utilizem o modelo internacional e estandardizado da *ISDA Master Agreement*, podendo ou não existir um “*collateral agreement*” em anexo. A existir um “*collateral agreement*”, denominado Credit Support Annex (CSA)⁸⁹, constitui-se um contrato que pode ser unilateral ou bilateral e que regula as condições de entrega desse colateral entre as contrapartes.

As Opções são contratos a prazo que atribuem a uma (ou, eventualmente, às duas partes) a possibilidade, mas não a obrigação (direito potestativo), de transação de um certo ativo subjacente a um determinado preço ou valor previamente acordado em (ou até) uma determinada data, mediante a obrigação de pagamento de um prémio do comprador ao vendedor.

Os *Cross currency swaps* (CCIRS) são contratos bilaterais celebrados OTC e que visam uma dupla cobertura de riscos, designadamente, o risco da taxa de câmbio e o risco da taxa de juro. Neste contexto, o CCIRS consiste num acordo de troca cruzada de moedas diferentes, ou seja, o pagamento dos juros e do capital do empréstimo efetuado pode ser trocado pelo pagamento de juros e do capital mas numa moeda diferente mantendo-se o empréstimo inicial num valor idêntico.

O *Foreign Currency Swap*, *Forex Swap* ou *FX-swap* e *FX-forward* são contratos bilaterais celebrados OTC e que visam cobrir riscos cambiais. O *FX-swap* é um contrato de troca de montantes idênticos de moedas diferentes à taxa de câmbio atual mas com cumprimento de obrigação (liquidação) em data futura. O *FX-swap* considera-se *spot* ou à vista, quando a data-valor ou de liquidação não excede a data da transação (data em que são acordados todos os termos do contrato) em mais do que dois dias úteis, ou considera-se *FX-forward* se a data-valor ou de liquidação excede a data da transação em mais do que dois dias úteis (contrato a prazo).

O *Foreign options* ou *FX-options* são igualmente um instrumento que visa cobrir o risco cambial mediante o exercício de uma opção. Do contrato

operações financeiras realizadas fora das formas organizadas de negociação ou de mercado regulamentado. Permite a celebração de contratos individualizados mais adaptados às necessidades específicas do investidor concreto.

⁸⁹ O CSA é um mecanismo eficaz na mitigação do risco de crédito nas transações OTC, uma vez que permite implementar uma dinâmica semelhante à liquidação periódica de perdas e ganhos que as câmaras de compensação asseguram para os instrumentos negociados em mercado organizado.

celebrado decorre para o comprador (que para o efeito paga um prémio ao vendedor) a possibilidade, mas não a obrigação (direito potestativo), de comprar ou vender à contraparte uma moeda específica a uma determinada taxa de câmbio previamente acordada, numa data certa ou até aquela data.

OUTROS CONTRATOS

No âmbito da gestão da dívida pública e da tesouraria do Estado são ainda celebrados pelo IGCP outro tipo de contratos financeiros, com finalidades diversas.

Nestas circunstâncias, pela importância e regularidade de utilização, referimos o contrato de Emissão Sindicada.

Este contrato está associado à colocação inicial de novas séries de OT e BT em mercado primário.⁹⁰ Os contratos de colocação⁹¹ são objeto de negociação direta durante um determinado tempo entre o emitente e um grupo de instituições financeiras, que vulgarmente também se designa de “sindicato bancário”, instituições essas a quem é atribuído o estatuto de Operadores Especializados de Valores de Tesouro (OEVT), a que se aludirá mais adiante.

Pode ainda ser celebrado um contrato de colocação de tomada firme⁹², através do qual o intermediário financeiro ou o sindicato bancário garante a colocação integral no mercado dos títulos em causa e, na eventualidade de não conseguirem ordens de compra suficiente para a totalidade da emissão assumem eles próprios os restantes títulos.

As emissões sindicadas visam assegurar a colocação de um grande volume de títulos de uma só vez, assim como, atingir uma elevada diversificação da base de investidores, quer a nível geográfico, quer por tipo/perfil de investidor.

O contrato celebrado é constituído por documentação típica que abrange os

⁹⁰ Em consonância com o artigo 338.º do Códigos dos Valores Mobiliários no contrato de colocação “... o intermediário financeiro obriga-se a desenvolver os melhores esforços em ordem à distribuição dos valores mobiliários que são objeto de oferta pública, incluindo a receção das ordens de subscrição ou de aquisição.”

⁹¹ Este tipo de contrato encontra-se regulado pelo artigo 341.º do CVM (consórcio para assistência ou colocação).

⁹² Este contrato encontra-se regulado no artigo 339.º do CVM.

“termos e condições”, de onde constam as condições principais das operações, o “Acordo de subscrição” que estabelece as condições contratuais às quais ficam subordinados os diversos membros do sindicato e pelo “*Information Memorandum*” que se destina aos investidores. Ao contrato de emissão sindicada aplica-se a lei e a jurisdição portuguesa.

O Programa *Euro Medium Term Notes* (EMTN) assume também a forma de contrato e tem como finalidade a emissão de dívida pública em mercados estrangeiros.

A documentação do EMTN é constituída por um “*Dealer agreement*” entre o emitente e os bancos (dealers) do programa; “*Notes set as Agency Procedures*” outorgado com a Interbolsa, na qualidade de *Portuguese Paying Agent*, definindo os procedimentos de pagamento de capital e juros; o “*Deed of Covenant*” do qual consta o compromisso do emitente perante os investidores (“*Noteholders*”) e que na pendência do programa fica depositado junto do “*Fiscal & Paying Agent*”, que será a entidade designada no programa para concretizar os pagamentos devidos; o “*Agency agreement*” que é contratado com a entidade/banco que no programa assume a tal função de *Fiscal & Paying Agent* internacional e na qual se define os procedimentos a seguir nos pagamentos (capital e juros) relativos a “*Notes*” que liquidem ao abrigo deste *Agency agreement*. De referir que podem ser emitidos dois tipos de *Notes*, designadamente as que são emitidas de forma desmaterializada e que consistem num registo (“*book entry*”) detidas na Interbolsa, em contas abertas pelos *Noteholders* junto dos membros afiliados da Interbolsa, ou as que são emitidas sob “*bearer and registered form*”, isto é, em forma de uma *Temporary global Note* ou de uma *Permanent Global Note* (ambas designadas “*bearer global note*”) que ficam depositadas junto do *Fiscal & Paying Agent International*. A lei e a jurisdição aplicável aos EMTN é a inglesa.

O *Revolving and swingline loan agreement* é um outro tipo de contrato celebrado entre a República Portuguesa e diversos bancos e tem como finalidade estabelecer uma linha de crédito até um certo montante, permitindo efetuar saques com pré-avisos de 3 dias úteis.

No caso do *revolving* a comunicação tem de ser efetuada pelo sacador até às 10 horas do terceiro dia útil anterior ao dia do saque. No *swingline* os saques

podem ser efetuados sem pré-aviso respeitando-se, contudo, uma comunicação até às 9 horas do próprio dia do saque.

Os bancos funcionam como “*facility agent*” e “*swingline agent*” uma vez que são os intermediários entre a República e os mutuantes. Os pedidos de saque são dirigidos aos bancos que se responsabilizam por efetuar as operações necessárias à disponibilização da verba solicitada na data pretendida.

Esta forma de financiamento é dispendiosa mas pode ser necessária para prevenir situações inesperadas de dificuldades de tesouraria que não possam ser supridas por outras vias.

O financiamento é de curto prazo, especificamente no caso dos saques ao abrigo do *revolving* o reembolso terá de ocorrer em 1, 2 ou 3 meses ou em qualquer outro período acordado entre a República e os bancos que não ultrapasse os 3 anos, data limite do próprio contrato de *Revolving and swingline loan agreement*.

No caso de saques ao abrigo de *swingline* o reembolso terá de ocorrer nos 5 dias úteis posteriores à data de saque.

O *Euro-Commercial Paper* (ECP) é um contrato celebrado entre a República e o banco (dealer), semelhante ao EMTN em termos de documentação e pré-registos, e que visa facilitar a emissão de papel comercial⁹³ até ao valor global do compromisso assumido pelo conjunto de bancos que outorgam o contrato⁹⁴.

É um instrumento de curto prazo, mínimo 7 dias e máximo de 1 ano, emitido em euros ou em dólares, a desconto, sendo negociável em mercado OTC.

A título excecional e, por isso, como medida de último recurso, visando colmatar necessidades adicionais, marginais e pontuais de financiamento, há ainda a possibilidade de contratar a emissão de instrumentos de médio e longo prazo em moedas não-euro⁹⁵, no âmbito de um programa *Global Offerings*.

Por último, uma breve nota quanto ao *Schuldscheindarlehen*. Consiste na celebração de um contrato de empréstimo especificamente dirigido a investidores alemães e rege-se pela lei alemã.

⁹³ Papel comercial é um instrumento financeiro de mercado monetário de curto prazo, geralmente um ano, vocacionado para o financiamento da tesouraria.

⁹⁴ Montante máximo de 4 mil milhões de euros ou equivalente.

⁹⁵ Designadamente em US dólar.

Este contrato é, contudo, mais utilizado no universo do sector público empresarial do que propriamente no financiamento da República.

ORIENTAÇÕES NA GESTÃO DA DÍVIDA PÚBLICA

Resumindo o que já atrás se referiu, designadamente que as condições gerais sobre o financiamento para cada exercício orçamental são estabelecidas pela Assembleia da República e as condições das operações são definidas pelo Conselho de Ministros, podendo o Governo, através do ministro da tutela, estabelecer orientações específicas a observar pelo IGCP na gestão da dívida e no financiamento do Estado, importa de seguida analisar tais orientações específicas.

As orientações específicas definem diretrizes relativas à execução da política de financiamento e, bem assim como, sobre a realização das transações relacionadas com a recompra de títulos e com a gestão ativa da carteira de dívida,

Assim, das *“Normas orientadoras para a gestão da dívida directa do Estado e a gestão das disponibilidades da Tesouraria do Estado pelo Instituto de Gestão do Crédito Público (guidelines) (versão revista em 2006)”*⁹⁶, consta a estratégia de financiamento de longo prazo para a composição da carteira de dívida.

Uma das principais preocupações a ter em consideração na gestão da dívida diz respeito à manutenção da sua liquidez, isto é, a capacidade dos títulos representativos da dívida pública poderem ser convertidos em dinheiro de forma rápida e sem perda do seu valor. A liquidez dos instrumentos é um fator determinante no custo inerente à dívida do emitente, assim como, da manutenção de um funcionamento eficiente dos mercados primário e secundário da dívida pública.

A estratégia de financiamento do Estado passa, assim, por uma emissão selecionada e criteriosa dos títulos representativos da dívida pública.

⁹⁶ Publicadas no Despacho n.º 698/2007, publicado em Diário da República n.º 10, 2.ª série, de 15 de janeiro de 2007.

No que respeita ao financiamento de longo prazo as OT são o principal instrumento emitido, estabelecendo-se anualmente uma programa de emissão de OT adequado às necessidades de financiamento do Estado.

No tocante ao financiamento de curto prazo, os BT são o instrumento financeiro mais utilizado para financiamento do Estado, sendo também a sua emissão alvo de adequada programação.⁹⁷

Para necessidades pontuais de tesouraria⁹⁸, o IGCP utiliza os *Repos* em articulação com os programas de emissão de OT e de BT.

Sem prejuízo dos demais instrumentos financeiros, o restante financiamento do Estado é obtido, especialmente, através dos instrumentos financeiros vocacionados para o mercado a retalho, os designados CA e os CTPM, e os destinados às entidades do sector público, os CEDIC e os CEDIM⁹⁹.

A gestão da dívida pública passa ainda pela execução de outras operações que têm como objetivo alterar a estrutura da carteira¹⁰⁰ de dívida existente, designadamente ajustando o perfil das amortizações da dívida.

Neste contexto, em 2001, foi desenvolvido o Programa de Troca de Dívida Pública que consiste na realização de operações de amortização antecipada ou de compra em mercado de títulos de dívida menos Ilíquidos em troca de ou como contrapartida de emissão de novas OT. Atualmente as trocas de dívida pública são efetuadas de forma pontual após uma cuidadosa análise casuística.

Outros dos objetivos da gestão da dívida pública passa pelo alargamento da base e perfil dos investidores. Como vimos, o tipo de instrumento financeiro disponibilizado pelo Estado condiciona desde logo o tipo de investidor em dívida pública.

Como se explicitou acima, o IGCP emite instrumentos financeiros que pela sua natureza e modo de colocação se dirigem exclusivamente a investidores

⁹⁷ Os programas de financiamento da República portuguesa para 2017 em OT e BT, estão disponíveis para consulta no sítio do IGCP, disponível em: <https://www.igcp.pt/pt/menu-lateral/gestao-da-divida-publica/programa-de-financiamento/programa-de-financiamento-2017/>

⁹⁸ Geralmente dentro do mesmo ano.

⁹⁹ Para mais informações sobre a constituição da dívida pública consultar o boletim mensal disponível em: https://www.igcp.pt/fotos/editor2/2017/Estatisticas/07_BM_julho.pdf

¹⁰⁰ Carteira é o conjunto de posições contratuais, ativas e passivas, assumidas através da aquisição ou alienação de produtos financeiros.

institucionais, isto é, grandes investidores, profissionais do sector financeiro; outros instrumentos emitidos dirigem-se a pequenos investidores, nomeadamente, pessoas singulares e, por último, efetuam-se emissões de instrumentos específicos que se dirigem exclusivamente a entidades do sector público.

A este propósito importa fazer referência aos investidores institucionais e aos profissionais do sector financeiro.

Como já atrás de referiu, a colocação de OT em mercado primário¹⁰¹ é efetuada através dos designados Operadores Especializados de Valores do Tesouro (OEVT).

O estatuto de OEVT¹⁰² é atribuído pelo IGCP e destina-se a instituições financeiras que tenham tido uma colaboração ativa na prossecução dos objetivos definidos para a gestão da dívida pública, designadamente no que respeita à emissão e à promoção da eficiência e da liquidez do mercado de OT. O estatuto de OEVT é concedido por um ano (civil), findo o qual o IGCP procede à reavaliação do desempenho do OEVT em função dos objetivos inerentes ao estatuto.

Os OEVT gozam de determinados privilégios na colocação da dívida pública, designadamente na colocação inicial das novas séries de OT através de sindicatos bancários, na qual se promove uma fase de negociação direta durante um determinado período de tempo com os OEVT.

O estatuto de Operadores de Mercado Primário (OMP) destina-se igualmente a instituições financeiras que contribuem para o desenvolvimento do mercado da dívida pública, porém, não cumprem todos os requisitos exigíveis para os OEVT. Um OMP constitui um primeiro patamar para se chegar ao estatuto de OEVT.

¹⁰¹ Posteriormente, os particulares podem adquirir estes instrumentos financeiros em mercado secundário, através da transação de pequenos lotes realizada no mercado gerido pela *Euronext Lisbon*, podendo a sua aquisição ser direta ou indireta, isto é, por via de fundos de investimento e de instituições financeiras especializadas.

¹⁰² Instrução n.º 2/2014, publicada no Diário da República, 2.ª série, n.º 251/2014 de 30 de dezembro, estabelece as normas que regulam a emissão e colocação de obrigações do Tesouro (OT), bem como as condições de acesso e os direitos e deveres dos operadores financeiros que atuam em mercado primário, disponível para consulta em https://www.igcp.pt/fotos/editor2/2014/legislacao/Instrucao_OT_2_2014_PT.pdf

A colocação de OT pode ser efetuada de forma direta através da realização de leilão, ou indireta, por oferta de subscrição limitada a uma, algumas ou a um consórcio de instituições financeiras (sindicato bancário)¹⁰³.

Na colocação direta através de leilão apenas podem participar instituições a quem tenha sido atribuído o estatuto de OEVT ou de OMP¹⁰⁴.

Os leilões organizam-se em duas fases sucessivas, uma competitiva e uma não competitiva.

Na fase não competitiva dos leilões oferecem-se OT à subscrição apenas dos OEVT, no montante nominal igual a um quinto (1/5) do montante efetivamente subscrito na fase competitiva. A apresentação dessas propostas é efetuada no período de 30 minutos que antecede a hora limite indicada para a fase competitiva.

Na fase competitiva do leilão podem apresentar propostas tanto os OEVT como os OMP¹⁰⁵.

Outro dos operadores institucionais de mercado da dívida pública são os Especialistas em Bilhetes do Tesouro (EBT).

O estatuto de EBT destina-se a instituições financeiras que, à semelhança do que acontece com os OEVT e OMP, colaboram ativamente na prossecução dos objetivos definidos para a gestão da dívida pública, mas desta feita no que respeita à emissão e à promoção da eficiência e da liquidez do mercado de BT.

O estatuto é também anual, findo o qual é reavaliado pelo IGCP mediante avaliação do desempenho de cada EBT, tendo por referência os objetivos inerentes ao estatuto. Aos EBT são também garantidos privilégios de colocação.

Os operadores de mercado aqui mencionados são comuns a muitos dos emitentes soberanos dos Estados-membros, sendo vulgarmente designados de *Primary Dealers* ou *Market Makers*.¹⁰⁶

¹⁰³ De acordo com o Decreto-Lei n.º 280/98, de 17 de setembro, diploma que estabelece o regime jurídico das obrigações do tesouro.

¹⁰⁴ Para ver a lista de OEVT e OMP consultar em: <https://www.igcp.pt/pt/menu-lateral/operadores-de-mercado/oevt-e-omp/>

¹⁰⁵ Aos OMP é garantido o acesso à fase competitiva dos leilões, desde que tomem obrigações em pelo menos dois leilões, no conjunto dos leilões do ano.

¹⁰⁶ Sobre estes operadores o Comité Económico e Financeiro Europeu disponibilizou informação que se encontra disponível para consulta em <https://europa.eu/efc/primary-dealers->

A AGÊNCIA DE GESTÃO DA TESOUREARIA E DA DÍVIDA PÚBLICA

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 200/2012, de 27 de agosto¹⁰⁷, criou-se a Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública – IGCP¹⁰⁸, com a natureza de Entidade Pública Empresarial.

O preâmbulo do diploma de criação desta nova entidade esclarece que as atribuições do IGCP são próprias do setor financeiro e das instituições financeiras e que na área da gestão da Tesouraria se equiparam a instituição de crédito. Não obstante esta equiparação, o IGCP não está sujeita à supervisão do Banco de Portugal¹⁰⁹.

O IGCP tem por missão gerir, de forma integrada, a tesouraria, o financiamento e a dívida pública direta do Estado, nesta se compreendendo a dívida das entidades do sector público empresarial, cujo financiamento deva ser assegurado através do orçamento de Estado, cabendo-lhe ainda coordenar o financiamento dos fundos e serviços dotados de autonomia administrativa e financeira, em obediência às orientações definidas pelo Governo.

Ficou definido nos Estatutos¹¹⁰ da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública - IGCP, E. P. E. que a mesma é uma pessoa coletiva de direito público com natureza empresarial, dotada de autonomia administrativa e financeira, e património próprio¹¹¹, sujeita à tutela e superintendência do membro do Governo responsável pela área das finanças.

O capital estatutário do IGCP¹¹² é totalmente detido pelo Estado. O IGCP encontra-se sujeito a registo comercial nos termos gerais, conforme dispõe o artigo 61.º do DL n.º 133/2013, de 3 de outubro, diploma que estabelece o

[information en](#)

¹⁰⁷ Retificado pela Declaração de Retificação n.º 56/2012, de 3 de outubro.

¹⁰⁸ Manteve-se a sigla «IGCP» de modo a evitar perturbações da atividade da instituição, nomeadamente, no plano internacional, onde aquela designação já se encontra consolidada.

¹⁰⁹ Nem da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM).

¹¹⁰ Os Estatutos aprovados encontram-se publicados em anexo ao Decreto-Lei n.º 200/2012, de 27 de agosto.

¹¹¹ O património do IGCP, E. P. E., é constituído pelos bens do Estado que lhe foram afetos aquando da sua constituição e por aqueles que lhe sejam atribuídos por despacho do membro do Governo responsável pela área das finanças (artigo 24.º dos Estatutos).

¹¹² De 50 000,00 Euros, integralmente realizado em espécie.

Regime Jurídico do Sector Público Empresarial (RJSPE).

O IGCP é constituído por três órgãos: o conselho de administração, o conselho consultivo e o fiscal único.

O conselho de administração do IGCP, E. P. E., é composto por um presidente e por dois vogais todos nomeados pelo Governo, nos termos do Estatuto do Gestor Público (EGT).

O Conselho Consultivo é composto pelo presidente do conselho de administração, pelos anteriores presidentes do IGCP¹¹³, por um membro do conselho de administração do Banco de Portugal e por quatro personalidades de reconhecida competência em matéria económica e financeira, a designar por despacho do ministro da tutela. Compete a este órgão pronunciar-se sobre o plano e o relatório anuais da gestão da tesouraria, da dívida pública direta e do financiamento do Estado e suas eventuais revisões e, bem assim, pronunciar-se sobre quaisquer assuntos que lhe sejam submetidos pelo presidente do conselho de administração.

A fiscalização do IGCP, E. P. E., cabe a um fiscal único, revisor oficial de contas ou uma sociedade de revisores oficiais de contas, nomeados pelo ministro da tutela.

O orçamento anual do IGCP depende de aprovação do ministro da tutela.

Por sua vez, o relatório de atividades e contas anuais do IGCP acompanhados de parecer do fiscal único são submetidos à aprovação do membro do Governo responsável pela área das finanças, bem como, ao julgamento do Tribunal de Contas. O IGCP está ainda sujeito ao controlo financeiro da Inspeção-Geral de Finanças, nos termos do n.º 2 do artigo 26.º do RJSPE.

A parcela mais significativa das receitas próprias do IGCP consiste numa comissão de gestão anual, cujo montante é fixado anualmente, por despacho do ministro da tutela¹¹⁴. A comissão de gestão anual é fixada tendo em consideração o desempenho das funções atribuídas ao IGCP e o resultado

¹¹³ Que tenham concluído, pelo menos, um mandato.

¹¹⁴ A comissão de gestão anual encontra-se limitada entre um valor que não pode ser inferior ao valor equivalente a 0,1 (por mil) do *stock* da dívida pública direta do Estado existente em 31 de dezembro do ano anterior, nem superior ao valor correspondente a 0,15 (por mil) do mesmo *stock*.

alcançado na redução dos encargos com a gestão da dívida pública direta do Estado¹¹⁵. A avaliação destes dois vetores é efetuada segundo critérios a definir por despacho do ministro da tutela, tendo presente os demais objetivos da gestão da dívida pública do Estado. A comissão da gestão anual do IGCP integra o cômputo dos encargos do Estado com a dívida pública¹¹⁶.

Para além da comissão de gestão anual fazem, igualmente, parte das receitas próprias do IGCP os montantes provenientes de comissões de gestão ou de qualquer outra forma de remuneração que lhe seja devida pela prestação de serviços bancários, designadamente pela utilização da rede de cobranças do Estado; os montantes cobrados às entidades do setor público empresarial ou às entidades que celebrem com o IGCP contratos de mandato com representação¹¹⁷; os montantes cobrados pela função de leiloeiro no mercado europeu dos leilões de licenças de emissão de gases com efeito de estufa; e, os montantes que sejam cobrados pela prestação de serviços conexos com a emissão, subscrição, transmissão e reembolso de valores representativos de dívida pública colocadas junto de particulares.

No que concerne à gestão da tesouraria do Estado pretende-se uma maior eficiência através da utilização dos saldos da tesouraria como forma de compensar parcialmente os saldos da dívida o que, naturalmente conduz a uma redução da dívida pública direta do Estado em circulação e também dos respetivos encargos financeiros.

A gestão da tesouraria¹¹⁸ pelo IGCP importa, ainda, outras vantagens, designadamente uma maior especialização técnica, redução de assimetrias de informação entre entidades, reforço da capacidade negocial do Estado perante o sistema financeiro, melhoria do controlo dos riscos de crédito e liquidez,

¹¹⁵ Incluindo-se também a dívida das empresas públicas cujo financiamento seja assegurado através do Orçamento do Estado.

¹¹⁶ Os encargos da dívida incluem os juros, comissões e outros encargos relacionados com o serviço da dívida.

¹¹⁷ Conexamente o IGCP pode desenvolver atividades de consultadoria e de assistência técnica no que respeita à gestão de dívidas de entidades do setor público administrativo e da gestão de ativos destas entidades constituídos por títulos de dívida pública.

¹¹⁸ O modelo de gestão da tesouraria do Estado e os objetivos a atingir encontram-se previstos no Decreto-lei de Execução Orçamental, a saber: *i.* Assegurar que existem disponibilidades financeiras suficientes para liquidar as obrigações à medida que as mesmas se vão vencendo; *ii.* Garantir que o recurso ao financiamento só ocorre quando é necessário; *iii.* Maximizar o retorno da tesouraria disponível; *iv.* Permitir a gestão eficiente dos riscos financeiros; *v.* Permitir a reconciliação diária entre a informação bancária e a contabilidade por fonte de financiamento.

minimização dos riscos operacionais e otimização dos modelos previsionais de gestão das necessidades financeiras do Estado.

DESENVOLVIMENTO E FUNÇÃO DO SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL

Releva para a finalidade desta dissertação analisar com mais detalhe as implicações decorrentes da transformação do IGCP numa entidade pública empresarial.

Com efeito, a evolução do sector público empresarial do Estado e a função das empresas públicas são matéria determinante para compreender e enquadrar a atividade desenvolvida pelo IGCP. Por outro lado, decorre desta figura organizativa elementos determinantes quanto ao direito aplicável e, conseqüentemente, a competência dos tribunais para a resolução de litígios decorrentes da atividade das empresas públicas.

Assim, cumpre sumariamente descrever a evolução deste setor.

Como acima se referiu, foi com a revolução de 25 de abril de 1974, numa época em que se procurava a democratização da sociedade e a modificação da estrutura económica que servira de base ao Estado Novo, que se deu início ao processo de nacionalização de diversas empresas até então privadas, instituindo-se pela primeira vez o designado sector empresarial do Estado.

António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques definem nacionalização como *“uma espécie de expropriação, traduzindo-se na transferência forçada, por ato de autoridade, de uma unidade económica (exploração, estabelecimento, empresa) da propriedade privada para a propriedade pública do Estado ou de outras pessoas coletivas públicas)”*¹¹⁹.

A grande maioria das empresas nacionalizadas foram transformadas em empresas públicas (EP) ao abrigo do Decreto-lei n.º 260/76, de 8 de abril (revisto e alterado pelo Decreto-Lei n.º 29/84, de 20 de janeiro, e pela Lei n.º 16/90, de 20 de julho), diploma que estabelecia as bases gerais do regime jurídico das EP.

¹¹⁹ António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques *“Direito Económico”*, 7.ª edição, Almedina, 2016, p. 149.

Neste diploma constavam os princípios fundamentais a que deviam obedecer todos os estatutos das empresas públicas, sem prejuízo de se permitir também a diferenciação dos mesmos com o intuito de melhor adaptação às *características da atividade de cada empresa*.

O âmbito de aplicação deste diploma restringia as EP às entidades já existentes ou a criar pelo Estado, com capitais próprios ou de outras entidades públicas e, bem assim, às empresas então nacionalizadas, excluindo-se da sua aplicação as sociedades constituídas em conformidade com a lei comercial, em que se associassem capitais públicos e privados, nacionais ou estrangeiros.

As EP gozavam de personalidade jurídica e eram dotadas de autonomia administrativa e financeira e patrimonial. No entanto, considerando a “relação orgânica” destas com o Estado, mantinham uma base institucional, querendo isto significar que ficavam sujeitas à tutela e à intervenção do Estado, designadamente no que concerne ao poder de designar e exonerar os titulares dos órgãos de administração, ao poder de orientar a atividade da empresa de acordo com o planeamento económico nacional e ainda o poder de criação e extinção das EP.

Quanto ao direito aplicável às EP, em primeiro lugar aplicava-se as normas do DL n.º 260/76, de 8 de abril, depois os estatutos próprios de cada empresa e no demais, as normas de direito privado, à semelhança das empresas privadas. Previa-se, ainda, a possibilidade dos estatutos das empresas que explorassem serviços públicos, assegurassem atividades inerentes à defesa nacional ou exercessem a sua atividade em situação de monopólio, poderem submeter determinados aspetos do seu funcionamento a um regime de direito público, bem como a possibilidade do Estado lhes poder conceder especiais privilégios ou prerrogativas de autoridade.

Neste contexto, estabeleceu-se que competia aos tribunais judiciais o julgamento de todos os litígios em que fosse parte uma EP, incluindo as ações para efetivação da responsabilidade civil por atos dos seus órgãos, bem como a apreciação da responsabilidade civil dos titulares desses órgãos para com a respetiva empresa, e aos tribunais administrativos competia o julgamento dos recursos dos atos definitivos e executórios dos órgãos das EP que estivessem sujeitos a um regime de direito público, bem como o julgamento das ações

sobre validade, interpretação ou execução dos contratos administrativos celebrados por essas mesmas empresas. O processo de privatização das empresas do Estado só viria a ocorrer anos mais tarde.

Para os citados autores¹²⁰, privatização é o processo de transferência total ou parcial da propriedade das empresas e/ou bens públicos para entidades privadas. A natureza pública desses bens ou empresas tanto pode ser originária como resultar de nacionalizações anteriores, sendo que neste último caso, fala-se em reprivatização.

Em finais da década de 70 verifica-se um movimento de redução do papel do Estado na vida económica e social em vários países ocidentais.

Este movimento surgiu na sequência da verificação da ineficiência de diversas empresas públicas. Parte dos problemas detetados relacionavam-se com a gestão praticada que sacrificava os objetivos económico-financeiros e comerciais ao cumprimento de objetivos políticos e sociais. Por outro lado, a privatização de empresas do Estado, na medida em que significava uma diminuição dos desequilíbrios dos orçamentos públicos.

Como já atrás se fez alusão, este movimento acompanhou o declínio das políticas Keynesianas do Estado social e interventor e o surgimento das ideologias e doutrinas neoliberais.

Em Portugal, este movimento chega um pouco mais tarde, na medida em que até à revisão da CRP de 1989, vigorou entre nós um princípio da irreversibilidade das nacionalizações. Porém, uma vez ultrapassado esse obstáculo constitucional as privatizações sucederam-se, o que conduziu a uma significativa diminuição do sector empresarial do Estado.

A privatização total das EP apenas foi permitida pela Lei n.º 11/90, de 5 de abril, que estabeleceu a lei-quadro das privatizações, não obstante, antes deste diploma, terem já sido publicados alguns diplomas que anteciparam o movimento de privatizações, como seja, a Lei n.º 46/77, de 8 de julho (lei da delimitação dos sectores) onde se previu que a gestão das empresas nacionalizadas podia, excecionalmente, ser confiada a entidades privadas e o Decreto-lei n.º 373/83, de 29 de outubro, que abriu à concorrência sectores que

¹²⁰ *Obra cit.*, p. 159.

até aí haviam constituído um quase monopólio público.

Com a Lei n.º 84/88, de 20 de julho, procedeu-se à reorganização da atividade económica do Estado, prevendo-se a possibilidade de alienação das participações sociais de entes públicos, isto é, o Estado passou a poder alienar as participações que detinha nas EP e estas puderam converter-se em Sociedade Anónimas (S.A.) que passou a ser a forma típica de organização do sector empresarial do Estado.

A alienação das participações do Estado e o movimento de privatizações reduziu em muito o número de EP constituídas ao abrigo do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril, pelo que se tornava necessário estabelecer um novo regime do sector empresarial do Estado.

O Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de agosto, Lei n.º 64-A/2008, de 31 de dezembro e Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro) surge, como se refere o preâmbulo, *“na sequência das profundas alterações verificadas na composição e nas regras de funcionamento do sector empresarial do Estado”* e com a preocupação de *“abranger as diversas entidades que integram o sector empresarial do Estado e que deixaram de estar submetidas à disciplina do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril”*.

Neste diploma denota-se já uma forte influência do direito comunitário. Com efeito, desde o Tratado de Roma que as EP vinham sendo referidas a propósito das regras relativas à concorrência. Porém, apenas com a Diretiva 80/723/CEE de 25 de junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as EP, se consagrou uma definição de empresa pública com o seguinte teor: *“ qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinem. Presume-se a existência de influência dominante quando os poderes públicos, direta ou indiretamente, relativamente à empresa: a) Detenham a maioria do capital subscrito da empresa; ou b) Disponham da maioria dos votos atribuídos às partes sociais emitidas pela empresa; ou c) Possam designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização da empresa.”*

Tendo presente o direito comunitário, o Decreto-lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, redefiniu o conceito de empresa pública, passando a considerar *“empresas públicas as sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante em virtude de alguma das seguintes circunstâncias: a) Detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto; b) Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.”*

Assim, neste conceito incluíam-se, ainda, as pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial criadas por diploma do Estado (isto é, sem ser nos termos da lei comercial), e, bem assim, as empresas públicas constituídas nos termos do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril que à data de entrada em vigor do diploma ainda funcionassem. Ambas as entidades passariam a adotar a designação de *“entidades públicas empresariais”*.

No tocante ao direito aplicável nada se alterou, mantendo-se *“o direito privado como o direito aplicável por excelência a toda a actividade empresarial, seja ela pública ou privada”*, sem prejuízo da salvaguarda do que estiver disposto naquele diploma e nos diplomas que aprovelem os respetivos estatutos das empresas.

No que respeita a atribuição de poderes e prerrogativas de autoridade de que goza o Estado, este regime veio estabelecer que estes poderiam ser atribuídos a qualquer tipo de empresa pública. No entanto, essa atribuição tinha de ficar prevista no diploma legal de criação da entidade ou no respetivo contrato de concessão. Por outro lado, os poderes e prerrogativas de autoridade apenas podiam ser atribuídos em situações excecionais, na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público envolvido.

Quanto aos tribunais competentes para julgamento de litígios envolvendo as empresas públicas, o artigo 18.º do regime instituído pelo Decreto-lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, determinou que quando estivessem em causa atos praticados ou contratos celebrados no exercício dos poderes de autoridade, incluindo recursos contenciosos, as empresas públicas seriam equiparadas a entidades administrativas. Nos demais litígios deviam seguir-se as regras gerais de determinação da competência material dos tribunais.

A propósito do conteúdo do artigo 18.º, Miguel Assis Raimundo¹²¹ suscita diversas questões de compatibilização com as disposições do ETAF (à data, na redação que lhe tinha sido dada pelas duas alterações à Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro, e republicadas pela Lei n.º 107-D/2003, de 31 de dezembro).

Com efeito, este autor relembra que o regime de “dualidade de jurisdições” consagrado já constava do artigo 46.º do DL n.º 260/76, de 8 de abril, porém, e apesar deste regime geral estabelecido, as empresas públicas tradicionais, agora designadas de EPE, continham (e ainda contêm) nos seus diplomas estatutários derrogações ao referido regime geral da dualidade de jurisdições constante do art.º 18. Esta situação era, segundo o autor, geradora de equívocos e “peregrinações” de tribunal em tribunal. Para além desta circunstância, apontava também diversos problemas de inconstitucionalidade das normas constantes dos diplomas estatutários, regra geral, publicados através de Decreto-Lei e que na maioria das vezes não eram precedidos da necessária autorização legislativa, violando assim o disposto na alínea p) do artigo 165.º da CRP, que determina que a matéria da competência dos tribunais constitui reserva relativa da Assembleia da República, pelo que as exceções constantes dos diplomas estatutários padeciam na sua maioria de inconstitucionalidade¹²².

Aponta ainda ao artigo 18.º uma inconsistência com o previsto no artigo 212.º, n.º 3 da CRP, na medida em que este último estabelece que o critério de atribuição de jurisdição aos tribunais administrativos reside na existência de uma relação jurídica administrativa e não na presença na relação de “entidades administrativas”, querendo isto dizer que o art.º 18.º estabelece um critério subjetivo de atribuição aos tribunais administrativos quando a norma constitucional de atribuição estabelece um critério de base objetivo.

Não obstante as falhas apontadas, o autor defende que dada a redação aberta do n.º 2 do artigo 18.º do DL n.º 558/99, de 17 de dezembro, é possível “salvar” o artigo da revogação parcial, se se efetuar uma interpretação atualista do

¹²¹ Miguel Assis Raimundo, *“As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos”*, Almedina, 2007, pp. 164 a 169.

¹²² Neste sentido, também Jorge Miranda /Rui Medeiros, *“Constituição Portuguesa Anotada”*, Tomo III, Organização do Poder Político, Garantia e Revisão da Constituição, Disposições finais e transitórias, Artigos 202º a 296.º, Coimbra Editora, 2007, p.150.

preceito, no sentido que fazem parte das tais “regras gerais” as normas constantes do ETAF sobre essa matéria.

Note-se que foi ainda durante a vigência deste diploma que se criou a Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública - IGCP E.P.E.

No entanto, e no que respeita ao diploma de criação e estatutário do IGCP, não consta qualquer norma de exceção no tocante aos tribunais competentes ou ao foro. O artigo 2.º do diploma que constitui o IGCP determina que este se rege pelos seus estatutos, pelos seus regulamentos internos e no que nestes não estiver especialmente regulado, pelo Regime jurídico das entidades públicas empresariais.

Desta forma ao IGCP aplicava-se a regra da dualidade de jurisdições constantes do referido art.º 18.º do DL n.º 558/99, de 17 de dezembro, que como referiu Miguel Assis Raimundo, interpretada de forma atualista não padeceria de nenhuma irregularidade constitucional e por isso não haveria necessidade de a considerar parcialmente revogada.

Sucedo que, no caso concreto do IGCP, cuja missão é de gestão da dívida pública direta do Estado, a norma que releva para efeitos de determinação do foro ou do tribunal competente no âmbito da sua atividade principal é a que se encontra prevista no Regime Geral de Emissão e Gestão da Dívida Pública Direta do Estado, constante da Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro, na qual se determina que os litígios emergentes das operações de dívida pública directa serão dirimidos pelos tribunais judiciais.

A Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro, é uma lei-quadro, decretada pela Assembleia da República, nos termos das alíneas c) e h) do art.º 161.^{o123} e n.º 3 do art.º 166.º da CRP.¹²⁴. Neste contexto, a Lei-quadro não parece padecer de qualquer inconstitucionalidade orgânica. Ademais, estas normas são especiais em relação às normas constantes do ETAF, que foi também decretado pela

¹²³ O artigo 161.º (Competência política e legislativa) estabelece o seguinte: “*Compete à Assembleia da República: (...) c) Fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo; (...) h) Autorizar o Governo a contrair e a conceder empréstimos e a realizar outras operações de crédito que não sejam de dívida flutuante, definindo as respetivas condições gerais, e estabelecer o limite máximo dos avales a conceder em cada ano pelo Governo.*”

¹²⁴ O artigo 166.º (Forma dos actos) estabelece no n.º 3: “*revestem a forma de lei os actos previstos nas alíneas b) a h) do artigo 161.º*”

Assembleia da República, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da CRP, para valer como lei geral.

Mas ainda que tal especialidade não se verificasse, sempre teria de ser efetuado o raciocínio, que se propõe fazer mais adiante, de saber se as relações emergentes de operações de dívida pública direta são relações jurídicas administrativas e, conseqüentemente, se a resolução dos litígios emergentes desta matéria competiria naturalmente aos tribunais administrativos e fiscais, nos termos estabelecidos no n.º 3 do artigo 212.º da CRP ou no âmbito de jurisdição previsto no artigo 4.º do ETAF.

Uma última nota, quanto aos atos ou contratos celebrados no exercício dos poderes de autoridade e a equiparação das empresas públicas a entidades administrativas referidas no n.º 1 do art.º 18.º do DL n.º 558/99, de 17 de dezembro, constata-se que do diploma de criação e dos estatutos do IGCP não resulta a atribuição de qualquer poder de autoridade.

Ao Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de dezembro, sucedeu um novo RJSPE, constante do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, diploma que atualmente se encontra em vigor e que estabeleceu no art.º 73.º um período de adaptação máximo de 180 dias para as empresas públicas reverem os seus estatutos em conformidade com o novo regime, sob pena deste prevalecer sobre os estatutos decorrido aquele prazo.

Do preâmbulo deste diploma consta que o mesmo veio dar cumprimento às obrigações decorrentes do Memorando de Entendimento, celebrado no âmbito do Programa de Assistência Económica e Financeira entre o Estado Português, o FMI, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, do qual decorreram exigências em matéria de *“bom governo das empresas públicas e de reforço dos poderes e deveres inerentes ao exercício da função acionista”*¹²⁵, reforçando-se a necessidade de implementar um maior controlo financeiro, sobre o sector público empresarial.”

Uma das principais alterações introduzidas por este novo regime jurídico foi o alargamento do âmbito subjetivo de aplicação do regime das EP ao sector

¹²⁵ Entende-se por função acionista o exercício dos poderes e deveres inerentes à detenção das participações representativas do capital social ou estatutário das empresas públicas, bem como daquelas que por estas sejam constituídas, criadas ou detidas (art.º 37.º do RJSPE).

empresarial local.

Foi ainda criada uma estrutura especializada para acompanhamento do exercício da atividade empresarial pública, a Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Sector Público Empresarial.

Este novo diploma trouxe efetivamente muitas novidades no que respeita à criação, boa gestão e controlo das empresas públicas.

Em primeiro lugar, o art.º 3º (extensão do âmbito de aplicação) alargou o âmbito subjetivo de aplicação do RJSPE, juntando às empresas públicas constituídas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante e às entidades com natureza empresarial, designadamente as entidades públicas empresariais, as organizações empresariais em que o Estado ou outras entidades públicas possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, influência dominante.

No que respeita ao que se entende por influência dominante, autonomizou-se um artigo 9.º que densifica os critérios definidores, designadamente: a) detenção de uma participação superior à maioria do capital; b) dispor da maioria dos direitos de voto; c) ter possibilidade de designar ou destituir a maioria dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização; d) dispor de participações qualificadas ou direitos especiais que lhe permitam influenciar de forma determinante os processos decisórios ou as opções estratégicas adotadas pela empresa ou entidade participada.

O artigo 10.º do RJSPE veio finalmente estabelecer normas esclarecedoras da racionalidade por detrás da criação de empresas públicas.

Assim, estabeleceu-se como regra a constituição das empresas públicas, nos termos e condições das sociedades comerciais. No caso das EPE mantém-se a constituição por diploma legal com sujeição a registo comercial e, bem assim, a remuneração do capital estatutário passa a ser efetuado de acordo com o regime previsto para a distribuição dos lucros no exercício das sociedades anónimas.

Por outro lado, a criação de empresas públicas fica sujeita a autorização do

membro do Governo responsável pela área das Finanças, assim como, do membro do Governo responsável pelo respetivo setor de atividade.

Esta autorização deve ser antecedida de parecer prévio pela recém-criada Unidade Técnica de Acompanhamento e Monitorização do Sector Público Empresarial. Este parecer, ainda que meramente preparatório e não vinculativo é emitido tendo por base estudos técnicos que afirmam da viabilidade económica e financeira da entidade a constituir, designadamente, identificando os ganhos de qualidade e de eficiência resultantes da exploração da atividade em moldes empresariais.

Os parâmetros para aferir da viabilidade económica e financeira da entidade a constituir são fixados por despacho do membro do Governo responsável pela área das finanças, com base em indicadores claros, objetivos e quantificáveis. Assim, deverá ser considerado a atividade específica da empresa, o valor atual líquido, a taxa interna de rentabilidade e o período de recuperação do investimento, bem como outros indicadores respeitantes ao equilíbrio financeiro, à estrutura de capitais, ao desempenho económico e aos riscos de mercado e indicadores, assim como a definição da respetiva metodologia de cálculo.

A viabilidade económica financeira tem reflexos também no previsto nos artigos 34.º e 35.º, respetivamente a propósito da transformação, fusão ou cisão ou ainda extinção das empresas públicas.

Assim, no art.º 34.º determina-se que no caso das empresas públicas apresentarem capital próprio negativo durante um período de três exercícios económicos consecutivos, os órgãos de administração podem propor ao titular da função acionista a prática de atos de transformação, fusão ou cisão dessas empresas, desde que com os mesmos se venha a verificar, com razoável probabilidade, a sua viabilidade económica.

Situação idêntica se passa com a extinção prevista no art.º 35.º. Quando uma empresa pública apresenta capital próprio negativo por um período de três exercícios económicos consecutivos, devem os órgãos de administração dessas empresas propor obrigatoriamente ao titular da função acionista, em alternativa, medidas concretas destinadas a superar a situação deficitária ou a

extinção das mesmas, num período que não ultrapasse 90 dias após a aprovação das contas do terceiro exercício em que se verifique a situação de capital próprio negativo.

Os mecanismos agora estabelecidos equiparem-se às regras gerais sobre dissolução e liquidação das sociedades comerciais e ao regime de insolvência e recuperação de empresas privadas, aproximando cada vez mais estas duas realidades empresariais.

No âmbito do anterior regime, afirmava Miguel Assis Raimundo¹²⁶ que “a *inesgotabilidade dos recursos passíveis de afetação à atividade da empresa pública, e da sua não sujeição a mecanismos jurídico-privados de insolvência ou recuperação de empresas*”, constituía uma “*diferença inultrapassável*” entre as empresas privadas e as empresas públicas.

Aliás, a este propósito citava Tomás-Ramon Fernández¹²⁷ que considerada que a empresa privada “*prospera e fracassa com o mercado*” e que a “*falência constitui a sua prova de fogo e o castigo por erros graves de atuação*” enquanto a empresa pública “*pode persistir, ano após ano, sustentada em balões de oxigénio de dinheiro público que a mantêm viva*”, *fornecidos pelo “blando colchón del Presupuesto”*.

Com o novo RJSPE esta situação alterou-se e a “*diferença inultrapassável*” esbateu-se.

No tocante à gestão das empresas públicas, o artigo 25.º estabeleceu a regra da autonomia da gestão dos órgãos de administração¹²⁸, designadamente dos modelos e das práticas de gestão concretamente aplicáveis ao desenvolvimento da respetiva atividade. Não obstante, os titulares dos cargos de administração das empresas públicas, nomeados nos termos do EGT, ficam vinculados ao cumprimento das orientações estratégicas para as empresas públicas emanadas pelo Governo no exercício da função política.

¹²⁶ *Obra cit*, p. 34

¹²⁷ Cfr. Tomás-Ramon Fernández, “*Empresa pública y servicio público: el final de una época*”, *in* Reda, n.º 89, janeiro - março 1996, pp.37 e ss.

¹²⁸ Salvo operações de prestação de garantia em benefício de outra entidade (ainda que participada) e a celebração de ato ou negócio jurídico do qual resultem para a empresa pública responsabilidades financeiras efetivas ou contingentes que ultrapassem o seu orçamento anual, ou que não decorram do plano de investimentos aprovado, neste dois casos necessitam sempre da autorização prévia do titular da função acionista.

Também o artigo 39.º estabeleceu, no âmbito da função acionista, que esta é exercida pelo membro do Governo responsável pela área das finanças, os ministérios sectoriais colaboram nessa função definindo a política sectorial a prosseguir pelas empresas públicas no desenvolvimento da sua atividade operacional. Dessa forma, são emitidas orientações específicas aplicáveis a cada empresa, onde se definem os objetivos a alcançar no exercício da respetiva atividade operacional, assim como o nível de serviço público a prestar pelas empresas, promovendo as diligências necessárias para a respetiva contratualização.

Com base nestes parâmetros, as empresas preparam propostas de planos de atividades e orçamento que ficam sujeitos à aprovação do membro do Governo responsável pela área das finanças.

Os titulares dos órgãos de administração das empresas públicas respondem perante o titular da função acionista pelos resultados obtidos com a gestão que efetuada, tendo para o efeito de apresentar relatórios trimestrais fundamentados e demonstrativos do grau de execução dos objetivos fixados no plano de atividades e orçamento, nele se incluindo o plano de investimentos e as respetivas fontes de financiamento. Consoante os resultados apresentados, quer ao nível operacional, quer ao nível do equilíbrio económico e financeiro, ou sempre que a avaliação do desempenho dos administradores e da qualidade da gestão, a efetuar pelos órgãos competentes, se revele negativa¹²⁹, a autonomia da gestão pode vir a ser restringida. Acresce que nos termos dos artigos 24.º e 25.º do Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março, a *“não observância, nos orçamentos de exploração e investimento, dos objectivos fixados pelo accionista de controlo ou pela tutela” pode ser motivo para dissolver o conselho de administração da empresa pública ou então à demissão do gestor público quando individualmente lhe seja atribuída uma avaliação de desempenho negativa, designadamente por incumprimento dos objectivos referidos nas*

¹²⁹ Nos termos do art.º 6.º do EGT, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março, a avaliação do desempenho de funções de gestão deve ser objeto de avaliação sistemática, tendo por parâmetros os objetivos fixados nas orientações estratégicas e específicas ou, decorrentes do contrato de gestão. No caso das entidades públicas empresariais, a avaliação do desempenho compete aos membros do Governo responsáveis pela área das finanças e pelo respetivo sector de atividade.

orientações fixadas no RJSEP ou no contrato de gestão.

São ainda, definidas regras claras *no que respeita à* limitação do endividamento das empresas públicas não financeiras, de forma a impedir o avolumar de situações que contribuam para o aumento da dívida pública e do desequilíbrio das contas do sector público. Nas restantes entidades do sector empresarial, as operações de financiamento contratadas, cujo prazo seja superior a um ano, assim como a todas as operações referentes a derivados financeiros sobre taxas de juro ou de câmbio, passam a ficar sujeitas a parecer prévio favorável emitido pelo IGCP. Independentemente dos prazos de maturidade das operações de financiamento contratadas por essas entidades, todas elas são obrigatoriamente comunicadas ao IGCP. As empresas que tenham sido ou venham a ser integradas no sector das administrações públicas, nos termos do Sistema Europeu de Contas Nacionais e Regionais, ficam também impedidas de aceder a novo financiamento junto da banca comercial, com exceção apenas dos casos em que o financiamento assegurado pela Direção-Geral do Tesouro e Finanças seja vedado por razões de concorrência.

Por último, e no que respeita ao direito aplicável, o novo RJSPE não trouxe grande inovação nesta matéria.

Assim, a título de regime jurídico geral, o artigo 14.º manteve que as empresas públicas se regem pelo direito privado, com as especificidades decorrentes deste diploma, dos diplomas que procedam à sua criação ou constituição e dos respetivos estatutos.

O n.º 6 deste preceito foi inovador quando esclareceu que, no caso de empresas públicas que tenham natureza de instituições de crédito, sociedades financeiras ou empresas de investimento, as disposições especialmente aplicáveis a esse tipo de entidades, prevalecem em caso de conflito.

No que respeita aos poderes de autoridade manteve-se o disposto no regime anterior, isto é, a atribuição de poderes especiais às empresas públicas é efetuada através por diploma legal, em situações excecionais e na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público, ou então através do contrato de concessão.

Inovou-se, também, no n.º 1 do artigo 15.º (neutralidade competitiva) quando especificamente se determina que *“as empresas públicas desenvolvem a sua atividade nas mesmas condições e termos aplicáveis a qualquer empresa privada,”* ficando nessa medida sujeitas às regras gerais da concorrência, nacionais e de direito da UE.

Por último, e no que respeita aos tribunais competentes, a regra manteve-se inalterada, ou seja, permanece a referida dualidade de jurisdições, designadamente para o julgamento dos litígios respeitantes a atos praticados e a contratos celebrados no exercício dos poderes de autoridade as empresas públicas continuam a ser equiparadas a entidades administrativas. Nos demais litígios, seguem-se as regras gerais de determinação da competência material dos tribunais.

Descrito que foram, sumariamente, os anteriores e atual regime do setor empresarial público, importa agora analisar qual função das empresas públicas. O artigo 6.º do atual regime refere que o objeto social das empresas públicas é a atividade económica fixada no ato ou contrato que determinou a sua constituição e cuja prossecução e desenvolvimento lhes foi confiada.

O artigo 4.º do regime anterior determinava que a missão das empresas públicas e do sector empresarial do Estado devia orientar-se *“no sentido da obtenção de níveis adequados de satisfação das necessidades da colectividade, bem como desenvolver-se segundo parâmetros exigentes de qualidade, economia, eficiência e eficácia, contribuindo igualmente para o equilíbrio económico e financeiro do conjunto do sector público.”*

Para Miguel Assis Raimundo¹³⁰, a iniciativa económica do Estado exercida através de formas de organização empresarial tem uma natureza dual, isto é, por um temos a perspetiva subjetiva ou orgânica, onde o que que releva é a própria empresa pública, e por outro, a perspetiva funcional ou objetiva, que diz respeito à atividade desenvolvida pela empresa.

No que respeita às motivações principais que têm levado à criação de empresas públicas, Miguel Assis Raimundo acompanha Freitas do Amaral nesta matéria¹³¹, identificando motivos políticos e económicos para a

¹³⁰ *Obra cit.* pp 13, 22 e ss.

¹³¹ Cfr. Freitas do Amaral, *“Curso de Direito administrativo”*, Vol. I, 4.ª edição, Almedina, 2016,

intervenção na economia pelo Estado, designadamente quando este atribui relevância suficiente a determinadas atividades ou setores da economia que fundamentem a intervenção pública. Identifica, ainda, motivos administrativos e financeiros, de cariz organizacional cuja finalidade é substituir o modelo burocrático ineficiente de funcionamento por um modelo empresarial mais flexível de gestão.

No que concerne à função ou atividade desenvolvida, o autor considera que “*há razões ponderosas para admitir uma distinção relevante entre duas categorias de empresas públicas: aquelas que exercem uma actividade de gestão de um serviço público (ou de interesse geral) e aquelas que não fazem*”.

Efetivamente, o art.º 55.º do RJSEP, estabeleceu, num capítulo à parte, uma série de princípios orientadores relativos à prestação de serviço público pelas empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, designadamente da prestação de serviços em todo o território nacional; de promoção do acesso à generalidade dos cidadãos de bens e serviços essenciais, em condições financeiras equilibradas, procurando que todos os utilizadores tenham direito a tratamento idêntico e neutro; de assegurar o cumprimento das exigências de prestação de serviços de carácter universal relativamente a atividades económicas cujo acesso se encontre legalmente vedado a empresas privadas e as outras entidades da mesma natureza; de garantia do fornecimento de serviços ou da gestão de atividades cuja rentabilidade se encontre assegurada por via de dotações orçamentais, indemnizações compensatórias ou outros subsídios ou subvenções públicas; de zelar pela eficácia da gestão das redes de serviços públicos; de cumprimento de obrigações específicas, relacionadas com a segurança, com a continuidade e qualidade dos serviços e com a proteção do ambiente.

Com efeito, as empresas públicas que exercem uma função de serviço público encontram-se significativamente mais oneradas no cumprimento de uma série de princípios orientadores que não incidem sobre a atividade daquelas que não prestem serviços de interesse económico geral. Acresce que o cumprimento destes princípios inerentes ao serviço público pode de facto implicar e justificar que a jurisdição competente para a resolução de litígios emergentes da

atividade prestada por estas empresas públicas seja efetivamente os tribunais administrativos e fiscais.

Também Sousa Franco¹³² entendia que “o Estado podia atuar enquanto interventor, ordenador e ator, sendo então lícito, em face ao primeiro papel, o de interventor, o Estado desenvolver em nome próprio determinada atividade económica, nomeadamente, na sua função de gestão e disposição de bens face às necessidades sociais que tem a incumbência de satisfazer (art.º 81º CRP).”

Todavia, tal intervenção, deveria ter em consideração algumas particularidades, designadamente as “condicionantes de ordem macrofinanceira, que obrigam à existência de um setor empresarial organizado no sentido da eficiência económica, sem esquecer ou pôr em causa a função do Estado enquanto promotor do bem-estar social, mas também de ordem legal, nomeadamente no âmbito do direito comunitário e do direito da concorrência.”

Este autor distinguia, também, a atividade desenvolvida pelo sector público administrativo, em que a atuação económica do Estado e outras entidades públicas não lucrativas se reporta ao desempenho de uma atividade pública segundo critérios não empresariais, da atividade integrada no sector público empresarial, em que à semelhança do sector privado, o desempenho das respetivas atividades têm exclusivamente em vista critérios económicos, isto é, visam produzir bens e serviços com a finalidade de gerar excedentes ou lucro, sem esquecer a subordinação ao bem comum e à realização dos objetivos de bem-estar social.

Também Paulo Otero¹³³ se dedicou ao estudo do sector público empresarial, considerando que o princípio do bem-estar constitui o objetivo último da atividade pública num Estado social de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, na realização da justiça e da solidariedade social através de uma democracia económica, social e cultural.

Para este autor, a CRP determina a coexistência de vários meios de produção,

¹³² *Obra cit.*, p. 11.

¹³³ Paulo Otero, “*Vinculação e Liberdade de conformação jurídica do Sector Empresarial do Estado*”, Coimbra Editora, 1998, pp. 13 e ss.

designadamente entre o sector público e o sector privado, cooperativo e social e que o artigo 80.º, al. c) da CRP, estabelecendo o princípio de uma economia mista, o qual deve ser conjugado com os princípios fundamentais da liberdade de iniciativa e da organização empresarial, levando-o a concluir que a atividade económica do Estado deve ter um carácter excecional, baseado numa ideia de subsidiariedade.

O princípio da subsidiariedade conduz o Estado ao cumprimento do dever de subordinação da intervenção direta do Estado à regra da necessidade. A regra da necessidade decorre do artigo 199.º, al. g) da CRP, que prevê que qualquer intervenção governamental no sector económico deve ficar sempre subordinada ao princípio segundo o qual, em matéria de promoção do desenvolvimento económico-social e de satisfação das necessidades coletivas, o Governo, apenas pode e deve tomar as providências que sejam efetivamente necessárias. O princípio da “*subsidiariedade estadual*” encontra também expressão no TUE¹³⁴, ao qual Portugal se encontra vinculado.

Para este autor da CRP resulta uma preferência pela utilização da concessão a entidades privadas da exploração de meios de produção públicos relativamente à sua exploração direta por entidades públicas. No seu entendimento “*o princípio da subsidiariedade da intervenção do Estado sobre a sociedade civil tem uma melhor concretização ou efetividade quando o Estado cria entidades cuja gestão confia a pessoas privadas, fazendo que o respetivo meio de produção passe a integrar o sector privado, do que em casos de mera criação de entidades integradas no sector público, isto na sequência da respetiva gestão ser também ela pública.*”

Também Paulo Otero distingue a atividade prosseguida por entidades públicas que assumem uma natureza tipicamente administrativa, isto é, sem carácter empresarial ou lucrativo, nas quais inclui a atividade desenvolvida pelas entidades reguladoras, e que designa como *sector público administrativo*, da atividade de tipo empresarial desenvolvida por entidades (públicas ou privadas) utilizando critérios económicos de decisão e visando o lucro, a que designa de *sector público empresarial*.

¹³⁴ Artigo 5.º do TUE.

Quanto a este último grupo entende o Autor que a natureza pública não implica a exclusão da adoção de formas e institutos jurídicos típicos do direito privado, sejam eles de direito civil ou de direito comercial, falando-se a este propósito da “*fuga para o Direito Privado*” da Administração Pública.¹³⁵

Aliás, esclarece que desde o Estado liberal até à atualidade, o sector empresarial do Estado sempre utilizou o direito privado ou, pelo menos, formas jurídicas privadas.

Independentemente dos concretos interesses públicos justificativos da intervenção empresarial do Estado, também Paulo Otero distingue dois tipos de atividade de empresas públicas. Por um lado, as empresas que se encarregam da gestão de serviços públicos, da exploração e administração de um monopólio ou de outras atividades de especial interesse nacional onde se exerce essa atividade em termos de exclusividade, ou seja, sem qualquer concorrência do mercado. Por outro lado, as empresas cujo objeto social é constituído por uma atividade industrial ou comercial, em tudo idêntica a atividades desenvolvidas por empresas de capitais integralmente privados, produzindo bens ou prestando serviços, regra geral, em regime de mercado concorrencial.

Para João Pacheco de Amorim¹³⁶ nas diversas formas de intervenção do Estado na economia, este serve-se “*do Direito como meio ou instrumento para influir sobre os processos de mercado, introduzindo nestes metas próprias do Estado administrativo ou Estado social, quando ele presta os chamados serviços públicos ou serviços de interesse económico geral, e ainda quando atua diretamente no mercado, em regra como se fora um empresário mais (que assim se “junta” aos empresários privados já existentes no sector económico), mesmo que em ordem à prossecução última de fins de interesse público.*”

Para este autor a intervenção direta do Estado na economia é o campo de aplicação por excelência do chamado “direito administrativo privado”. Este trata não apenas das entidades administrativas clássicas que intervêm nos circuitos económicos realizando, por exemplo, operações de compra e venda de

¹³⁵ Expressão utilizada originariamente por Fritz Fleinere.

¹³⁶ João Pacheco de Amorim, “*Direito Administrativo da Economia*”, Vol. I (Introdução e Constituição Económica), Almedina, 2014, p.35.

determinados bens para efeitos de garantia de abastecimento público¹³⁷, mas principalmente das empresas públicas, tanto aquelas que atuam num mercado concorrencial, como aquelas que exploram serviços públicos essenciais em regime de monopólio. Esta será a regra geral, é que tanto umas como outras, estão submetidas ao direito comercial, servindo-se do direito privado para a satisfação mediata dos fins públicos que lhe são confiados. Não obstante, estas entidades não deixam de pertencer ser, materialmente, à Administração Pública.

SUMÁRIO DO CAPÍTULO

No contexto da UEM as políticas orçamentais ficam a cargo dos governos de cada país. No entanto, estabeleceram-se algumas regras orçamentais europeias no TUE e no PEC que devem ser cumpridas internamente pelos Estados-membros no sentido de se evitar a tomada de decisões políticas que possam pôr em causa a estabilidade financeira da área Euro e da moeda única.

No ordenamento jurídico interno, a emissão e gestão da dívida pública passa na sua grande maioria disposições constantes da Constituição da República Portuguesa, da Lei do Orçamento de Estado, do Decreto-Lei de Execução Orçamental, da Lei do Enquadramento Orçamental e do Regime Geral de Emissão e Gestão da Dívida Pública, complementado ainda por diversos diplomas que regulam especificamente os diversos instrumentos de dívida, sem prejuízo das normas constantes do diploma de criação da Agência de Gestão da tesouraria e da Dívida pública - IGCP, E.P.E.

As condições gerais sobre o financiamento para cada exercício orçamental são estabelecidas pela Assembleia da República e as condições das operações, designadamente as condições complementares a que obedecerão a negociação, contratação e a emissão de empréstimos pelo IGCP em nome do Estado e as operações financeiras de gestão da dívida pública direta, são definidas pelo Conselho de Ministros. Sem prejuízo da competência do

¹³⁷ É o caso de determinadas entidades com funções regulatórias.

Conselho de Ministros, o Governo através do Ministro das Finanças pode ainda estabelecer orientações específicas a observar pelo IGCP, tanto na gestão da dívida pública direta como no financiamento do Estado.

As condições específicas dos empréstimos e das operações financeiras de gestão da dívida pública direta são estabelecidas pelo IGCP.

De acordo com a Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro, a dívida pública poderá assumir a forma de contrato, Obrigações do Tesouro, Bilhetes do Tesouro, Certificados de aforro Certificados especiais de dívida pública, promissórias, entre outros valores representativos de dívida. Sendo a norma desta lei-quadro aberta, foram criadas desde a entrada em vigor daquele diploma outros títulos representativos da dívida pública, designadamente, os Certificados Especiais de Dívida de Curto Prazo, Certificados Especiais de Dívida de Médio e Longo Prazo, Certificados do Tesouro, *Repos*, Certificados do Tesouro Poupança Mais e as Obrigações do Tesouro de Rendimento Variável.

Formalmente os diversos títulos representativos da dívida pública são instrumentos financeiros. Os instrumentos financeiros de captação de poupança são de natureza diversa e podem ser distinguidos pelas seguintes categorias de instrumentos financeiros: valores mobiliários, instrumentos monetários e instrumentos derivados.

A gestão da dívida deve ter em consideração a manutenção da liquidez dos instrumentos financeiros que emite e ainda a manutenção de um funcionamento eficiente dos mercados primário e secundário da dívida pública.

O IGCP emite instrumentos financeiros que pela sua natureza e modo de colocação se dirigem exclusivamente a investidores institucionais, outros instrumentos emitidos dirigem-se a pequenos investidores, nomeadamente, pessoas singulares, como é o caso dos certificados de aforro, e, por último, efetua emissões de instrumentos específicos que se dirigem exclusivamente a entidades do sector público.

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 200/2012, de 27 de agosto, criou-se a Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública – IGCP, com a natureza de Entidade Pública Empresarial. Do preâmbulo do diploma consta que as atribuições do IGCP são próprias do setor financeiro e das instituições

financeiras e que na área da gestão da Tesouraria se equiparam a instituição de crédito.

O IGCP, E.P.E. tem por missão gerir, de forma integrada, a tesouraria, o financiamento e a dívida pública direta do Estado, nesta se compreendendo a dívida das entidades do sector público empresarial, cujo financiamento deva ser assegurado através do orçamento de Estado, cabendo-lhe ainda coordenar o financiamento dos fundos e serviços dotados de autonomia administrativa e financeira, em obediência às orientações definidas pelo Governo.

Dos Estatutos da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública - IGCP, E. P. E. consta que esta é uma pessoa coletiva de direito público com natureza empresarial, dotada de autonomia administrativa e financeira, e património próprio, sujeita à tutela e superintendência do membro do Governo responsável pela área das finanças.

O IGCP, E. P. E., rege-se pelos seus Estatutos, pelos seus regulamentos internos e subsidiariamente pelo regime jurídico das entidades públicas empresariais.

O regime jurídico das entidades públicas empresariais consta atualmente do Decreto – Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro. Segundo este diploma, as empresas públicas são formas organizacionais de intervenção do Estado na economia e os motivos por detrás da sua são diversos e constituem matéria da competência política do Governo.

O regime geral aplicável às empresas públicas é em princípio o direito privado, exceto quando atuem no exercício de poderes ou prerrogativas de autoridade.

As empresas públicas podem distinguir-se consoante a sua função, isto é, entre aquelas que prestam um serviço público ou de interesse geral, as designadas Empresas públicas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, e aquelas que não têm essa função nem exercem tais atividades de serviço público.

CAPÍTULO III - DA JURISDIÇÃO COMPETENTE PARA RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS EMERGENTES DA SUBSCRIÇÃO DE CERTIFICADOS DE AFORRO

NATUREZA JURÍDICA DO EMPRÉSTIMO PÚBLICO

De tudo quanto se expôs importa agora averiguar qual a natureza jurídica dos contratos de empréstimo público.

Segundo Sousa Franco, existem três posições relativas à natureza dos contratos de empréstimo público. Uma das posições defende que se trata de um ato unilateral de soberania, outra das posições defende que se trata de um contrato de direito público ¹³⁸, a outra posição defende que se trata de um contrato de direito privado.

Para este autor a questão deve ser resolvida de acordo com cada ordenamento jurídico, sendo que no caso da nossa ordem jurídica interna parece ser de difícil contestação que se está perante uma figura de natureza contratual.

Com efeito, o processo de emissão de dívida pública tem origem na lei (ou ato equivalente), isto é, de uma conduta que se traduz na prática num ato unilateral da Administração. No entanto, esse ato unilateral constitui uma manifestação de vontade do Estado em contratar, designadamente mediante oferta pública de subscrição/aquisição. Por outro lado, a manifestação da vontade de contratar por parte do mutuante resulta diretamente do ato de aceitação /subscrição do contrato.

Para Sousa Franco, a perfeição do contrato resulta da conjugação destas duas vontades. Com o acordo de vontades e a tradição do dinheiro realiza-se o fim de empréstimo e nasce a respetiva relação jurídica perfeita, pelo que se pode afirmar que a relação jurídica de empréstimo público nasce do contrato de empréstimo público.

Para este autor, trata-se de um contrato real¹³⁹, cujos elementos essenciais são a existência de um mutuário público; um mutuante privado ou público; e a

¹³⁸ Neste sentido, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos consideram que o contrato de empréstimo público é um contrato administrativo no âmbito do direito financeiro e fiscal, in *“Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral”*, Dom Quixote, 2008, p.71.

¹³⁹ Na medida em que depende da tradição do dinheiro.

tradição do dinheiro entre o mutuante e o mutuário

Fator importante apontado por Sousa Franco é a circunstância dos entes públicos atuarem nesta matéria sem poderes de autoridade e fora de um regime financeiro de Direito Público.

Os poderes de autoridade constituem a forma típica de agir dos entes públicos, isto é, *“constituem posições jurídicas caracterizadas pela capacidade de, unilateralmente, produzirem efeitos na esfera jurídica de outros sujeitos contra, ou independentemente da vontade destes”*¹⁴⁰.

Partindo deste conceito é fácil apreender que a utilização de poderes de autoridade pelo Estado nos empréstimos públicos poderia levar à introdução de alterações originárias ou supervenientes, de forma unilateral, na relação jurídica acordada pelas partes. O Estado ao abdicar dos seus poderes de autoridade assume a relação creditícia que constituiu como um sujeito privado e em plena igualdade de forças com a contraparte. Aliás, caso assim não fosse, muito dificilmente o Estado conseguiria obter financiamento através de empréstimos públicos, na medida em que os credores certamente não queriam correr o risco de ver as condições de reembolso e de remuneração acordadas alteradas unilateralmente pelo devedor público.

Refere Sousa Franco que, em regra, os contratos de empréstimo público quando abertos ao público são, formalmente, contratos de adesão e que a relação de empréstimo público tem elementos comuns a qualquer relação contratual de natureza obrigacional, pelo que se deve aplicar diretamente o direito financeiro e supletivamente (como direito comum) do direito das obrigações.

Os elementos essenciais do contrato¹⁴¹ são formados pelos direitos e recíprocos deveres que emergem da operação de subscrição, designadamente o *direito de reembolso do capital* e o *dever de reembolsar*: o direito a juros e dever de remunerar; e o prazo e as condições essenciais de pagamento (a

¹⁴⁰ Fausto de Quadros, José Manuel Sérvulo Correia, Rui Chancerelle de Machete, José Carlos Vieira de Andrade, Maria da Glória Dias Garcia, Mário Aroso de Almeida, António Políbio Henriques, José Miguel Sardinha, com a colaboração de Tiago Macieirinha, *“Comentários à revisão do Código de Procedimento Administrativo*, Almedina, 2016, p.16.

¹⁴¹ Os elementos acessórios da relação jurídica de empréstimo público podem ser os prémios de emissão, pagamentos de prémio de amortização, isenção de impostos, etc.

designada “*amortização*”), tanto do capital como dos juros.

Para Eduardo Paz Ferreira¹⁴², a natureza do contrato de empréstimo era perfeitamente clara.

Refere o autor que “*com a nova definição legal de contrato administrativo*¹⁴³ *surgiram as primeiras afirmações expressas e implícitas de que o contrato de empréstimo público seria um contrato administrativo.*”

Porém, Eduardo Paz Ferreira é categórico na afirmação de que tais posições não podiam ser aceites, porquanto não se encontrava na disciplina do contrato traços reveladores de um regime exorbitante¹⁴⁴, bem como devido ao facto de o próprio interesse público, que funciona sempre como elemento de referência e modelação do contrato, impor que o Estado abdique dos seus poderes de autoridade, para se apresentar em pé de igualdade com os particulares que concorrem no mercado de capitais.

Este autor defendia, também, que não podiam ser aceites as posições que defendessem o contrato de empréstimo como pertencente à área da contratação pública, ainda que não enquadráveis na categoria dos contratos administrativos. É que essas posições pressupunham uma concepção do direito financeiro que conduziria ao entendimento de que toda a atuação do Estado no domínio da obtenção de receitas tivesse sempre natureza pública, o que era contraditório com a existência de múltiplas receitas de natureza privada do Estado.

Não obstante, e ainda que entendesse que o contrato de empréstimo fosse um contrato de direito privado, Eduardo Paz Ferreira reconhecia a existência de normas de direito público no procedimento, designadamente, na exigência de autorizações parlamentares e em toda uma outra série de controlos. Faz, contudo, notar que esses elementos de direito público situam-se num momento

¹⁴² *Obra cit.*, p. 466-474.

¹⁴³ À data vigorava a Lei do Processo dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho e o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de abril e o e o Código do Procedimento Administrativo foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro.

¹⁴⁴ Maria João Estorninho na sua obra “*Requiem* pelo contrato administrativo”, Almedina, 1990, aludia a um “*complexo da exorbitância*” para se referir aos vários autores defensores do contrato administrativo que ao longo dos tempos consideravam que o que distinguia o contrato administrativo do contrato de direito privado era a existência de normas exorbitantes que nunca poderiam ser encontradas no contrato de direito privado.

prévio ao da celebração do contrato e estão relacionados quer com a necessidade de assegurar o equilíbrio entre os poderes dos diversos órgãos de soberania, quer com a defesa da esfera privada dos particulares, porém, não produzem efeitos diretos na relação jurídica que se estabelece entre o Estado e os credores.

O CONTRATO DE SUBSCRIÇÃO DE CERTIFICADOS DE AFORRO

Foi com a publicação do Decreto-Lei n.º 43453, de 30 de dezembro de 1960, que se criou, à data, uma nova forma de representação da dívida pública, denominada de *certificados de aforro*. Consta do preâmbulo do diploma a intenção de se conceder uma aplicação remuneradora dos pequenos capitais, sem sujeição a oscilações do mercado de títulos (isto é, que não fosse um valor mobiliário) ¹⁴⁵.

Os certificados de aforro representam hoje uma parte significativa da dívida pública. ¹⁴⁶

Os limites anuais para emissão de certificados de aforro são determinados em Resolução do Conselho de Ministros. ¹⁴⁷

O diploma base que estabelece o enquadramento legal dos certificados de aforro consta do Decreto-lei n.º 122/2002, de 4 de maio, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-lei n.º 47/2008, de 13 de março, diploma que estabelece o Regime Jurídico dos Certificados de Aforro. Adicionalmente a este diploma devem ainda considerar-se os diplomas específicos que estabelecem as condições particulares de determinada série de certificados de aforro. ¹⁴⁸

Neste contexto, desde a criação dos certificados de aforro há mais de 55 anos, foram já emitidos os seguintes diplomas específicos:

¹⁴⁵ Estabelece o artigo 14.º: “Fica o Ministro das Finanças autorizado a mandar emitir, por intermédio da Junta de Crédito Público e nos termos a estabelecer, títulos da dívida pública nominativos e amortizáveis, denominados certificados de aforro, destinados a conceder uma aplicação remuneradora aos pequenos capitais”.

¹⁴⁶ Atualmente representam cerca de 10% do financiamento do Estado.

¹⁴⁷ Atualmente Resolução do Conselho de Ministros n.º 15-A/2017, publicado em Diário da República n.º 9/2017, 1º Suplemento, Série I de 2017-01-12.

¹⁴⁸ Os certificados de aforro são emitidos por séries identificadas por letras. Atualmente emitem-se certificados de aforro da série D.

- i) Regime jurídico dos certificados de aforro da série A, constante do Decreto n.º 43454, de 30 de dezembro de 1960;¹⁴⁹
- ii) Regime Jurídico dos Certificados de Aforro da Série B, constante do D.L. n.º 172-B/86, de 30 de junho;¹⁵⁰
- iii) Regime Jurídico dos Certificados de Aforro da série C, que consta da Portaria n.º 73-A/2008, de 23 de janeiro;¹⁵¹
- iv) Regime Jurídico dos Certificados de Aforro da série D, que consta da Portaria n.º 17-B/2015, de 30 de janeiro.

A primeira grande reforma do regime dos certificados de aforro verificou-se com a publicação do Decreto-Lei n.º 172-B/86, de 30 de junho¹⁵², que trouxe uma grande dinamização do mercado a retalho, onde este instrumento financeiro se integra.

A segunda grande reforma do regime dos certificados de aforro deu-se com a publicação do Decreto-Lei nº 122/2002 de 4 de maio, diploma que se inseriu no processo mais vasto de reforma do quadro de emissão e gestão da dívida pública e dos seus instrumentos, concretizado pela Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro (Regime geral de emissão da dívida pública).

Com a publicação do Decreto-Lei nº 122/2002, de 4 de maio, estabeleceu-se o enquadramento geral a que ficam sujeitas todas as novas séries de certificados de aforro.

Como já se referiu, os certificados de aforro são instrumentos monetários e caracterizam-se por serem valores escriturais¹⁵³, nominativos, reembolsáveis. Os certificados de aforro são denominados em moeda com curso legal em Portugal e destinados à captação da poupança familiar. Os certificados de aforro só podem ser subscritos por pessoas singulares e não são passíveis de transação ou negociação. Não obstante, e no âmbito sucessório, os

¹⁴⁹ Alterado pelos artigos 9º, 10º, 11º e 13º do D.L. n.º 122/2002, de 4 de maio e pelo Decreto-Lei n.º 47/2008, de 13 de março.

¹⁵⁰ Retificado com a Declaração de 23 de julho de 1986 e alterado pelos artigos 9º, 10º, 11º e 12º do D.L. n.º 122/2002, de 4 de Maio, diploma este que foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 47/2008, de 13 de março.

¹⁵¹ Retificado pela Declaração de Retificação 1-D/2008 de 25 de janeiro e alterada pelas Portaria n.º 230-A/2009 de 27 de fevereiro e Portaria n.º 268-D/2012, de 21 de agosto.

¹⁵² Que ao mesmo tempo criava os certificados de aforro a série B.

¹⁵³ Embora sejam valores escriturais os certificados de aforro têm ainda representação cartular emitindo-se um título aquando da subscrição. No entanto, a legislação aplicável já previu a possibilidade de desmaterialização deste instrumento monetário.

certificados de aforro são passíveis de transmissão para os herdeiros do titular falecido¹⁵⁴. Os certificados de aforro podem ser constituídos por um período mínimo de noventa dias e podem vencer juros trimestrais, semestrais ou anuais.

Os certificados são inscritos ou registados em contas abertas junto do IGCP no nome dos respetivos titulares. Os certificados de aforro podem ser amortizados no seu vencimento¹⁵⁵, ou então podem ser resgatados parcialmente ou na sua totalidade em fase anterior, pelo valor nominal de subscrição, adicionando-se, quando for caso disso, os juros capitalizados.

Os certificados de aforro beneficiam dos direitos, isenções e garantias consignados na legislação em vigor que lhe serve de base.

Os concretos direitos e deveres das partes na relação contratual (Estado e particulares) e que acabamos de descrever constam do diploma base que estabelece o regime jurídico dos certificados de aforro, bem como no regime jurídico específico da respetiva série de certificados.

Trata-se, como referiu Sousa Franco, de um contrato de adesão aberto ao público. As cláusulas dos contratos que estabelecem as obrigações das partes são iguais para todos os subscritores de determinada série de certificados de aforro, não existindo qualquer margem de negociação de cláusulas diferentes, pelo que formalmente são cláusulas contratuais gerais.

As cláusulas contratuais gerais são comumente utilizadas pelas diversas instituições financeiras quando disponibilizam produtos emitidos em massa e para subscrição aberta ao público e que respeitam a condições jurídicas homogéneas.

COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS COMUNS E ADMINISTRATIVOS E FISCAIS

Uma vez caracterizados e definida a natureza dos empréstimos públicos, como

¹⁵⁴ Por morte do titular de um certificado de aforro, poderão os herdeiros requerer, dentro do prazo de 10 anos, a transmissão da totalidade das unidades que o constituem, emitindo-se novos certificados que manterão a data da emissão dos que lhes deram origem, ou o respetivo reembolso, pelo valor que o certificado tiver à data em que o reembolso for autorizado.

¹⁵⁵ Com exceção dos certificados de aforro da série A e B que não têm data de vencimento.

suporte da doutrina de Sousa Franco e Eduardo Paz Ferreira, seguido da apreciação específica do contrato de subscrição de aforro, importa agora analisar a matéria atinente à competência dos tribunais judiciais e dos tribunais administrativos e fiscais.

Como refere Miguel Assis Raimundo¹⁵⁶, a opção por uma pluralidade de jurisdições surge da consagração de várias categorias de tribunais operada pelo artigo 209.º da CRP.

O motivo de maior relevância apontado pela doutrina atual como justificação para a separação do poder jurisdicional por diversas ordens jurisdicionais está relacionado com *“um reconhecimento da vantagem de reservar para órgãos judiciários diferenciados o conhecimento de certos sectores de Direito, pela vastidão e pela especificidade das normas que o integram”*¹⁵⁷.

Ainda que na génese da existência da jurisdição administrativa em Portugal concorram razões históricas¹⁵⁸, também Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁵⁹ entendem que atualmente o motivo da sua existência se prende com uma lógica de especialização. Referem estes Autores que, dadas a *“a vastidão e a complexidade do universo das relações jurídicas que são disciplinadas pelo Direito Administrativo e pelo Direito Fiscal”*, a tarefa de julgamento dos juízes, isto é, aquilatarem sobre a conformidade da atuação dos poderes públicos com as regras e os princípios de Direito a que estão sujeitos, é de tal relevância e complexidade que justifica a existência de um elevado grau de especialização.

Assim, o legislador constituinte terá tido em vista assegurar a efetiva especialização dos juízes administrativos e fiscais, ao ponto de ter estabelecido uma dualidade de jurisdições, com o objetivo de evitar que magistrados especializados que, segundo referem, são em número reduzido, se diluíssem no meio dos juízes da jurisdição dos tribunais judiciais.

¹⁵⁶ *Obra cit.*, p. 93 e ss.

¹⁵⁷ Cfr. Antunes Varela/ Miguel Bezerra/Sampaio e Nora, “Manual de Processo Civil, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985 p. 207.

¹⁵⁸ Para mais desenvolvimentos sobre as razões históricas, *vide* “Requiem pelo contrato administrativo” de Maria João Estorninho, Livraria Almedina Coimbra, 1990.

¹⁵⁹ Jorge Miranda /Rui Medeiros, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo III, Organização do Poder Político, Garantia e revisão da Constituição, Disposições finais e transitórias, Artigos 202º a 296.º, Coimbra Editora, 2007, pp. 147 e 148.

Uma vez que, constitucionalmente, se optou pela dualidade de jurisdições, cumpre agora examinar como se procedeu à distribuição de competências pelas duas ordens jurisdicionais.

Determina o artigo 211.º, n.º 1, da CRP e o artigo 40.º da Lei da Organização dos Sistema Judiciário¹⁶⁰, que os tribunais judiciais têm competência genérica ou não discriminada, querendo isto significar que são competentes para o conhecimento de todas as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional.

No que respeita aos tribunais administrativos e fiscais determina o n.º 3 do artigo 212.º da CRP que a sua competência está limitada às causas que lhe são especialmente atribuídas, dispondo que *“compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”*.

A maioria dos autores, tais como Gomes Canotilho, Vital Moreira¹⁶¹, Mário Esteves de Oliveira, Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁶², Diogo Freitas do Amaral, Mário Aroso de Almeida, Vieira de Andrade¹⁶³, Sérvulo Correia¹⁶⁴, Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁶⁵, tem entendido que a norma constitucional do artigo 212.º incorpora uma cláusula geral positiva de atribuição de competência aos tribunais administrativos dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas.

É com base nesta reserva dos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas que se delimita a competência jurisdicional dos tribunais administrativos em relação aos demais tribunais.

Neste contexto, os tribunais administrativos são os tribunais comuns que detêm a reserva material em matéria administrativa, exceto nos casos em que, pontualmente, a lei atribua tal competência a outra jurisdição.

¹⁶⁰ Aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

¹⁶¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa anotada”, 3ª edição, 1993, anotação IV ao art.º 214º.

¹⁶² Mário Esteves de Oliveira, Rodrigo Esteves de Oliveira, “Código de Processo nos Tribunais Administrativos”, vol. I, reimpressão da edição de 2004, Almedina, 2006, pp. 21-25

¹⁶³ José Carlos Vieira de Andrade, “A Justiça Administrativa”, 15.ª edição, Almedina, 2016, p. 95 e ss

¹⁶⁴ José Manuel Sérvulo Correia, “Estudos em Memória do Prof. Castro Mendes”, 1995, p. 254

¹⁶⁵ *Obra cit.*, p. 149.

A propósito deste assunto, gerou-se um debate doutrinário no sentido de saber se esta reserva material seria absoluta. E sendo-o, se o era em sentido negativo, isto é, se os tribunais administrativos só poderiam julgar questões de direito administrativo, ou em sentido positivo, se apenas os tribunais administrativos poderiam julgar questões de direito administrativo.

Os autores Gomes Canotilho, Vital Moreira, Mário Esteves de Oliveira, Rodrigo Esteves de Oliveira, Diogo Freitas do Amaral e Mário Aroso de Almeida, defendiam a tese da natureza absoluta ou fechada da reserva material de jurisdição, considerando que o legislador ordinário só poderia atribuir o julgamento de litígios materialmente administrativos a outros tribunais se a devolução estivesse prevista a nível constitucional.

Do outro lado, isto é, defendendo a tese da natureza relativa da reserva material de jurisdição, encontravam-se autores como Vieira de Andrade, Sérvulo Correia, Jorge Miranda e Rui Medeiros. Para este último conjunto de autores, a norma constitucional consagra uma reserva relativa, isto é, um modelo típico ideal, no entanto, deixa uma margem de liberdade ao poder legislativo de introdução de alguns desvios (retirando ou atribuindo competências) desde que se preserve o núcleo essencial do modelo constitucional, ou seja, em regra a jurisdição administrativa corresponde à justiça administrativa em sentido material.

Adiantam, ainda, que o propósito subjacente ao n.º 3 do artigo 212.º da CRP tinha como finalidade afastar a ideia de carácter facultativo da jurisdição administrativa e não consagrar uma reserva de competência absoluta dos tribunais administrativos.

Com efeito, explica Vieira de Andrade que a norma constitucional de 1989 visava apenas consagrar os tribunais administrativos como os tribunais comuns em matéria administrativa, ou seja, tinha como intuito consagrar a ordem judicial administrativa como uma jurisdição própria, ordinária, e não como uma jurisdição especial ou excecional perante os tribunais judiciais.

Assim, a norma constitucional tem em vista definir uma área própria para a ordem jurídica administrativa e fiscal dentro da organização dos tribunais.

Uma vez definida essa área própria da justiça administrativa, o legislador ordinário deve apenas respeitar o núcleo essencial da organização das

jurisdições, sem que isso signifique uma proibição de atribuição pontual a outros tribunais do julgamento de questões substancialmente administrativas.¹⁶⁶

Acresce que o art.º 212.º da CRP confere sentido prático à parte final do n.º 1 do artigo 211.º quando este atribui aos tribunais judiciais uma competência jurisdicional residual. Significa isso que uma questão de natureza administrativa pertence naturalmente à ordem judicial administrativa a não ser que expressamente seja atribuída a outra jurisdição.

Posição semelhante adota Sérvulo Correia. Para este autor a Constituição não impõe uma reserva material absoluta da jurisdição administrativa mas apenas uma reserva tendencial.

A norma do art.º 212.º deve ser lida como uma regra geral que o legislador ordinário poderá pontualmente excepcionar, desde que não esvazie o âmago da competência dos tribunais administrativos e desde que exista um fundamento material razoável, isto é, valores ou interesses constitucionalmente razoáveis para tal desvio.

No mesmo sentido, propendem Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁶⁷, acrescentando que, assim como os tribunais comuns se têm pronunciado sobre matéria administrativa (em matéria de contraordenações, expropriações, por exemplo) por motivos ligados à insuficiente rede de tribunais administrativos e fiscais e ao número reduzido de magistrados nesta jurisdição, do lado oposto, também se verificam tais desvios quando se atribui em bloco o poder de julgar a maioria dos litígios relativos a contratos celebrados por entidades públicas e a totalidade dos litígios relativos à responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas.

No que se refere à jurisprudência sobre o assunto, tanto o Tribunal Constitucional¹⁶⁸, como o Tribunal de Conflitos¹⁶⁹ e o Supremo Tribunal

¹⁶⁶ Até porque refere Vieira de Andrade que muitas das “*remissões’ orgânico-processuais (muitas delas tradicionais)* podem ter justificações diversas, devendo, por isso, incluir-se na margem de escolha política e, portanto, de liberdade constitutiva própria do poder legislativo.

¹⁶⁷ *Obra cit.*, p. 149.

¹⁶⁸ Entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 508/94, *in* DR de 94.12.13, n.º 372/94, *in* DR II Série, n.º 204, de 3 de Setembro de 1994, n.º 347/97, *in* DR II Série, n.º 170, de 25 de Julho de 1997 e n.º 284/2003, de 29 de Maio de 2003.

Administrativo¹⁷⁰, têm reconhecido a existência de uma reserva material relativa da jurisdição.

Outro dos temas clássicos que a doutrina tem vindo a debater é o da definição de relação jurídica administrativa, para a qual ainda não existe uma definição legal.

Nesta matéria, para Vieira de Andrade¹⁷¹, o conceito de relação jurídica administrativa é uma definição essencial que devia ser resolvida pelo legislador.

Afirma o autor que *“face à complexidade atual das relações entre direito público e privado no âmbito da atividade administrativa, a questão deixou de ser uma questão científica ou de conhecimento, transformou-se numa decisão, numa opção política entre soluções igualmente defensáveis. E esta é uma matéria em que a economia processual, bem como a certeza e a segurança, sobretudo para garantia dos particulares, devem ser acauteladas, embora um eventual erro do particular quanto à jurisdição competente já não possa implicar, como veremos, uma denegação de justiça, designadamente quando a conduta processual do particular não tenha sido desrazoável.”*

Não obstante, e enquanto não existir uma definição legal advoga que se deve interpretar o conceito constitucional de “relação jurídica administrativa” no sentido tradicional, isto é, no sentido de ser uma “relação jurídica de direito administrativo”.

Adotada esta posição ficam desde logo excluídas do conceito de relação jurídica administrativa as relações de direito privado em que intervenha a Administração.

Segundo o autor para se determinar quando é que se está perante uma relação jurídica administrativa deve atentar-se numa série de elementos que combinam sujeitos, fins e meios. Neste contexto, a relação jurídica administrativa será

¹⁶⁹ Entre outros, os Acórdãos do Tribunal de Conflitos de 27-11-2008, Proc. n.º 19/08, in www.dgsi.pt/jcon.

¹⁷⁰ Entre outros, os Acórdãos do STA de 1998.02.18, Rec. n.º 40 247, do Pleno, e de 2000.06.14, Rec. n.º 45 633; de 2001.01.24, Rec. n.º 45 636; de 2001.02.20, Rec. n.º 45 431 e de 2002.10.31, Rec. n.º 1329/02.

¹⁷¹ José Carlos Vieira de Andrade, “A Justiça Administrativa - Lições”, 15.ª edição, Almedina, 2016, anotação 64, p.61.

aquela em que um dos sujeitos, pelo menos, seja uma entidade pública ou uma entidade particular investida no exercício de um poder público, com vista à realização de um interesse público legalmente definido. Todavia, alerta para o facto de o direito administrativo também poder aparecer associado a entidades e a meios de direito privado pela Administração, dando lugar à referida “*miscigenação*” do direito público com o direito privado. Nestes casos de “*miscigenação*”, entende o autor que o legislador pode atribuir à jurisdição administrativa o conhecimento de certos aspetos de direito público de uma atuação administrativa desenvolvida ao abrigo do direito privado. Exemplifica esta situação com o caso do contencioso relativo à formação de contratos de direito privado celebrado pela Administração, quando se siga um procedimento “*pré-contratual*” de direito público.

O Professor Vieira de Andrade considera, ainda, legítimo que os tribunais administrativos possam chamar a si a resolução global de um litígio, isto é, de todos os seus aspetos tanto os de direito público como de direito privado, de modo a prevenir dúvidas e evitar a duplicação de processos. Todavia, quando assim for, deve ser mantida a diferença dos regimes jurídicos aplicáveis, isto é, os de direito público e os de direito privado.

Para Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira¹⁷², as relações jurídicas administrativas serão aquelas que se estabeleçam entre duas pessoas coletivas públicas ou entre dois órgãos administrativos, desde que não haja nos mesmos indícios claros da sua pertinência ao direito privado; ou então aquelas em que um dos sujeitos, pelo menos (seja ele público ou privado) atue no exercício de um poder de autoridade, com vista à realização de um interesse público legalmente definido; e também aquelas em que o sujeito atua no cumprimento de deveres administrativos, de autoridade pública, impostos por motivos de interesse público.

O Professor Freitas do Amaral¹⁷³ define relação jurídica administrativa como “*toda a relação entre sujeitos de direito, públicos ou privados, que actuem no*

¹⁷² Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, “*Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I e “Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais Anotados”*”, Almedina, 2004, p. 25.

¹⁷³ Freitas do Amaral (com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal), “*Curso de Direito Administrativo*”, volume II, 3.a Edição, Almedina, 2016, p. 136.

exercício de poderes e deveres públicos, conferidos por normas de direito administrativo.”

Por seu lado, Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁷⁴ optam também por reconhecer que a melhor definição de relação jurídica administrativa é a que resulta do sentido literal da expressão, isto é, *“são relações jurídico administrativas e fiscais as relações de Direito Administrativo e de Direito Fiscal, que se regem por normas de Direito Administrativo ou de Direito Fiscal.”*

Acrescentam, ainda, que aquele critério é o *“que melhor corresponde à tradição do nosso contencioso administrativo, que não adota um critério estatutário, tendendo a submeter os litígios que envolvam entidades públicas aos tribunais judiciais, quando a resolução de tais litígios não envolva a aplicação de normas de Direito Administrativo ou de Direito Fiscal.”*

A não adoção de um critério estatutário demonstra-se pela possibilidade de se demandar privados nos tribunais administrativos, e.g. concessionários ou outras entidades privadas que atuem ao abrigo de normas de direito administrativo¹⁷⁵, e ainda de poderem existir demandas entre particulares que incorram na violação de *“vínculos jurídico-administrativos”*.¹⁷⁶

No estudo empreendido por Sérvulo Correia¹⁷⁷, este dá nota que muitos dos contratos da Administração Pública eram efetivamente de direito privado ainda que rodeados de normas de direito público. Nestas circunstâncias seria indispensável dispor de parâmetros que possibilitassem a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado. Assim, quando o próprio legislador qualificava os contratos como administrativos, ou seja, quando se trata de contratos administrativos por determinação da lei, em princípio não haveria grandes dúvidas, embora admitisse que, mesmo nestes casos, a jurisprudência teria a faculdade de apreciar especificamente a natureza material de determinado contrato, no sentido de aferir se as condições em que o mesmo foi concluído se reconduziam aos critérios gerais de um contrato administrativo. Poderia, também, acontecer que a qualificação

¹⁷⁴ *Obra cit.*, p. 148.

¹⁷⁵ Artigo 51.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

¹⁷⁶ Nos termos do artigo 37.º, n.º 3 do CPTA.

¹⁷⁷ Sérvulo Correia *“Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos”*, Coleção Teses, reimpressão da edição de 1987, Almedina, 2013, p. 354

atribuída pela lei a determinado contrato fosse discutível e se acabasse por concluir pela inaplicabilidade do regime geral (ou parcial) do contrato administrativo.¹⁷⁸

Na verdade, os problemas de qualificação mais significativos decorriam da *“inclusão na figura do contrato administrativo por natureza de certos contratos que a lei tipifica embora sem se pronunciar expressamente sobre a sua natureza administrativa ou privada e de outros que são puramente atípicos ou inominados.”*

Nestes casos, Sérvulo Correia antevia para os tribunais¹⁷⁹ a difícil tarefa de qualificar contratos nominados mas não expressamente qualificados pela lei como negócios de direito privado ou de direito administrativo.

Tratando-se de balizar competências de duas ordens de jurisdição, a tarefa competiria, não apenas aos tribunais administrativos, mas também aos tribunais judiciais e, bem assim, ao Tribunal de Conflitos a quem competiria proferir decisões importantes que ajudassem a formar jurisprudência com indicação de critérios gerais.

Colaborando com a tarefa dos tribunais, este autor avançou com uma classificação de contratos administrativos.

Assim, distinguiu contratos de colaboração que seriam aqueles pelos quais uma das partes se obriga a proporcionar à outra uma colaboração temporária no desempenho de atribuições administrativas, mediante remuneração e contratos de atribuição que seriam aqueles que têm por causa-função atribuir uma certa vantagem ao cocontratante da Administração. Nestes últimos, a prestação da Administração assume-se como essencial e caracterizadora e a prestação do administrado é apenas a contrapartida, ou uma consequência, ou uma condição da vantagem recebida¹⁸⁰. Já os contratos de atribuição, poderiam ainda subdividir-se em contratos de atribuição paritária e contratos de atribuição subordinada, consoante o prosseguimento da relação nascida

¹⁷⁸ Embora defenda que se for uma inaplicabilidade parcial do regime a questão já não será propriamente de qualificação, mas de âmbito ou conteúdo do regime do contrato.

¹⁷⁹ A questão não se colocava com tanta acuidade até à revogação do n.º 2.º do artigo 815.º do Código Administrativo que continha uma enunciação taxativa de contratos administrativos.

¹⁸⁰ Aqui o interesse público seria prosseguido mais através dos direitos conferidos ao contraente particular do que das obrigações que assume.

daquele acordo dependesse ou não, preponderantemente, da vontade da parte administrativa.

Outra classificação de contratos administrativos baseava-se na possibilidade de os efeitos produzidos serem ou não suscetíveis de se constituir por ato administrativo. Em caso positivo, estaríamos perante aquilo que designa como sendo um contrato com objeto passível de ato administrativo.¹⁸¹ Os contratos com objeto passível de contrato privado seriam aqueles cujos principais efeitos de direito não poderiam ser produzidos através de ato administrativo, mas sim mediante um contrato de direito privado.

Quanto a estes, explicita que apenas podem adquirir natureza administrativa por imposição legal relacionada com a verificação de determinados pressupostos ou pela estipulação pelas partes de cláusulas suplementares que estabelecem um regime estatutário da Administração¹⁸².

Independentemente do debate doutrinal sobre o conceito de relação jurídico-administrativa e dos elementos que apontam para a administratividade de um determinado contrato, a jurisprudência tem vindo sobretudo a decidir as questões concretas que lhe são colocadas a propósito da delimitação de competências dos tribunais administrativos tendo por referência as normas do artigo 4.º do ETAF.

O artigo 4.º do ETAF contém as normas concretizadoras da delimitação da competência dos tribunais administrativos e fiscais, aliás, como resulta, desde logo, do enunciado do art.º 1 do ETAF: *“Os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo, nos litígios compreendidos pelo âmbito de jurisdição previsto no artigo 4.º deste Estatuto”*.

A propósito da exposição de motivos do projeto de proposta de lei de revisão do CPTA e do ETAF¹⁸³, refere Ana Fernanda Neves¹⁸⁴ que a intenção desta norma era a de clarificar os *“termos da relação que se estabelece entre o artigo*

¹⁸¹ Refere como exemplo os contratos de concessão e o contrato de provimento.

¹⁸² São exemplos o contrato de fornecimento contínuo e o contrato de arrendamento de bens imóveis do domínio privado do Estado.

¹⁸³ Que se veio a concretizar através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

¹⁸⁴ Ana Fernanda Neves, *“Âmbito de jurisdição e outras alterações ao ETAF”*, E-PÚBLICA, Revista Eletrónica de Direito Público, número 2, 2014, p. 5 e ss

1.º e o artigo 4.º, no que respeita à determinação do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal”, ou seja, existia o propósito de “fazer corresponder o âmbito da jurisdição aos litígios de natureza administrativa e fiscal que por ela devem ser abrangidos”.

Adianta, ainda, que o elenco de competências previsto no n.º 1 do artigo 4.º do ETAF é aberto por força do disposto na alínea o) que dispõe de uma forma geral mencionando as “*relações jurídicas administrativas e fiscais que não digam respeito às matérias previstas nas alíneas anteriores*”. Assim, esta alínea assume-se como “*uma norma residual, omnicomprensiva dos litígios jurídico-administrativos não enunciados no mesmo n.º 1 do artigo 4.º*”.

Examinando o conteúdo do artigo 4.º do ETAF, o que efetivamente sobressai, salvo raras exceções como seja as alíneas referentes à responsabilidade civil extracontratual das pessoas coletivas de direito público, é a referência em todas as alíneas a atos administrativos, normas de direito administrativo, contratos administrativos, poderes de autoridade, conforme de seguida se realça a negrito:

“Artigo 4.º (Âmbito da jurisdição)

1 - Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham por objeto questões relativas a:

a) Tutela de direitos fundamentais e outros direitos e interesses legalmente protegidos, **no âmbito de relações jurídicas administrativas e fiscais**;

b) Fiscalização da legalidade das normas e demais atos jurídicos emanados por órgãos da Administração Pública, **ao abrigo de disposições de direito administrativo ou fiscal**;

c) Fiscalização da legalidade de **atos administrativos** praticados por quaisquer órgãos do Estado ou das Regiões Autónomas não integrados na Administração Pública;

d) Fiscalização da legalidade das normas e demais atos jurídicos praticados por quaisquer entidades, independentemente da sua natureza, **no exercício de poderes públicos**;

e) Validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de **contratos administrativos** ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas coletivas de

direito público ou outras entidades adjudicantes;

f) Responsabilidade civil extracontratual das pessoas coletivas de direito público, incluindo por danos resultantes do exercício das funções política, legislativa e jurisdicional, sem prejuízo do disposto na alínea a) do n.º 4 do presente artigo;

g) Responsabilidade civil extracontratual dos titulares de órgãos, funcionários, agentes, trabalhadores e demais servidores públicos, incluindo ações de regresso;

h) Responsabilidade civil extracontratual dos demais sujeitos aos quais seja aplicável o regime específico da responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas de direito público;

i) Condenação à remoção de situações constituídas em via de facto, sem título que as legitime;

*j) Relações jurídicas entre pessoas coletivas de direito público ou entre órgãos públicos, **reguladas por disposições de direito administrativo ou fiscal**;*

k) Prevenção, cessação e reparação de violações a valores e bens constitucionalmente protegidos, em matéria de saúde pública, habitação, educação, ambiente, ordenamento do território, urbanismo, qualidade de vida, património cultural e bens do Estado, quando cometidas por entidades públicas;

*l) Impugnações judiciais de decisões da Administração Pública que apliquem coimas no âmbito do ilícito de mera ordenação social por violação de **normas de direito administrativo** em matéria de urbanismo;*

m) Contencioso eleitoral relativo a órgãos de pessoas coletivas de direito público para que não seja competente outro tribunal;

*n) Execução da satisfação de obrigações ou respeito por limitações decorrentes **de atos administrativos** que não possam ser impostos coercivamente pela Administração;*

*o) **Relações jurídicas administrativas** e fiscais que não digam respeito às matérias previstas nas alíneas anteriores.”*

Ana Fernando Neves, também, salienta, neste âmbito, a circunstância de “as alíneas do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF (projeto) parecerem ter subjacente, em geral, a ideia de relação jurídica administrativa. Por um lado, porque é a própria

alínea q)¹⁸⁵ do n.º 1 do artigo 4.º que se refere às relações jurídicas administrativas das alíneas anteriores. Por outro lado, porque nestas é enfatizada a natureza do regime jurídico aplicável (jurídico-administrativo e, nalguns casos, jurídico-público), ou destacado o “exercício de poderes administrativos de autoridade”, ou as formas específicas de atuação dos entes públicos ou ainda comportamentos que, ainda que de forma mediata, são expressão do exercício do poder administrativo.” Pelo exposto, conclui a autora que “os litígios relativos a relações jurídico-privadas nas quais sejam parte uma entidade pública, desprovidas de qualquer modelação jus-administrativista e que não convoquem esta, parecem afastados do âmbito da jurisdição administrativa.”

A norma deste elenco de competências que eventualmente poderia suscitar mais reservas quanto aos contratos de empréstimo público nos quais se inclui o contrato de subscrição de certificados de aforro é precisamente a que consta da alínea e) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF: “e) *Validade de atos pré-contratuais e interpretação, validade e execução de contratos administrativos ou de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas coletivas de direito público ou outras entidades adjudicantes.*”

Como bem refere Ana Fernanda Neves, a delimitação da competência dos tribunais administrativos em matéria de contratos concentra-se nesta alínea e) que se divide em três partes, designadamente: “*validade de atos pré-contratuais*”; “*interpretação, validade e execução de contratos administrativos*”; e “*interpretação, validade e execução (...) de quaisquer outros contratos celebrados nos termos da legislação sobre contratação pública, por pessoas coletivas de direito público ou outras entidades adjudicantes*”.

Retira a autora desta sistematização a conclusão de que “*salvo os contratos celebrados nos termos do regime da contratação pública –, os contratos de direito privado celebrados pelas entidades públicas ficam, em geral, fora da jurisdição administrativa*”.

Do exposto, fica claro que a delimitação material da jurisdição administrativa se

¹⁸⁵ Que na versão final do ETAF passou a ser a alínea o).

restringe às relações jurídicas administrativas, excluindo-se os contratos de direito privado celebrados por entidades públicas não submetidos a um regime de contratação pública.

Afigura-se ainda relevante aferir se e em que medida o regime da contratação pública poderá ser aplicável aos contratos de empréstimo público e também ao IGCP. Para tanto, cumpre analisar em que termos estes contratos se encontram regulados na legislação respeitante à contratação pública.

CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Foi através do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que se aprovou o atual Código dos Contratos Públicos (CCP), diploma que procedeu à transposição das Diretivas n.º 2004/17/CE e n.º 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, bem como da Diretiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e ainda da Diretiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro.

Por opção do legislador português contemplou-se na parte III do CCP as normas relativas ao regime substantivo dos contratos administrativos, regime esse que anteriormente se encontrava estabelecido no Código do Procedimento Administrativo (CPA), que agora se encontra reduzido a três artigos¹⁸⁶.

De acordo com João Henriques Pinheiro¹⁸⁷, é necessária uma intensa laboração interpretativa no sentido de se determinar o âmbito subjetivo, que se reporta à figura de “entidade adjudicante”, e o âmbito objetivo, que respeita à figura do “contrato público” deste Código.

Quanto ao âmbito de aplicação objetivo, isto é, a figura dos “contratos públicos”, esta foi alargada pelo legislador *“a todos os contratos, qualquer que seja a sua designação e natureza, administrativa ou privada, sempre e quando tais contratos sejam outorgados por entidades adjudicantes.”*

¹⁸⁶ Artigo 200.º a 202.º do CPA.

¹⁸⁷ João Henriques Pinheiro, “Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos e normas comuns de adjudicação”, publicações CEDIPRE Online -5, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, fevereiro de 2011, pp. 10 e ss

Desta forma, os contratos administrativos no CCP, cujo regime substantivo se encontra prevista na Parte III daquele Código, são uma “subcategoria” de contratos públicos.

Determina o n.º 6 do artigo 1.º do CCP que revestem a natureza de contrato administrativo, aqueles que forem determinados por imposição legal, aqueles que resultarem do acordo das partes, ou aqueles que tenham um objeto público (ato administrativo ou exercício de poderes públicos), por se tratar de uma concessão ao cocontratante de prerrogativas de direito público, relativamente a coisas ou funções do contraente público, por existir um regime de direito público na formação do contrato cuja execução influencie a realização das atribuições do contraente público.

Quanto ao elemento subjetivo, ou seja, a figura da “entidade adjudicante”, não restam dúvidas para Sérvulo Correia de que as entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º são aquelas pessoas coletivas de direito público que constituem a Administração Pública em sentido orgânico¹⁸⁸.

O mesmo já não se passa com as outras entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do mesmo preceito, das quais fazem parte os organismos de direito público previstos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP. É nesta norma que se podem enquadrar as empresas públicas, quando não tenham carácter comercial ou industrial.

Segundo este autor, a razão de ser da submissão destas pessoas coletivas públicas ao CCP está relacionada com o reconhecimento da existência de uma situação de influência jurídica ou financeira relevante, que determina que certas entidades sejam instrumentos de atuação da Administração e nessa medida se enquadrem no perímetro normativo de contratação pública. Porém, o autor também reconhece que nem todas as pessoas coletivas integradas no sector público empresarial devem ser consideradas organismos de direito público nos termos do CCP.

O conceito de organismo de direito público resulta das Diretivas europeias¹⁸⁹ e

¹⁸⁸ Isto é, o Estado, as Regiões Autónomas, as autarquias locais, os institutos públicos, as fundações públicas e as associações públicas.

¹⁸⁹ Designadamente a Diretiva 89/440/CEE, de 27 de Março de 1989 que alterou a Diretiva 71/305/CEE, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos procedimentos de celebração

foi transposto e inserido na alínea a) e respetivas subalíneas i) e ii) do n.º 2 do artigo 2.º do CCP nacional.

Assim, para que uma entidade possa ser considerada como um organismo de direito público nos termos do CCP, importa que se verifiquem de forma cumulativa três requisitos:

- a) A entidade seja dotada de personalidade jurídica;
- b) A entidade ter sido criada especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter comercial ou industrial; e
- c) Existir uma situação de dependência em relação a uma outra entidade adjudicante, resultante de esta financiar maioritariamente a atividade daquela, exercer um controlo de gestão ou de poder designar, direta ou indiretamente, mais de metade dos membros dos respetivos órgãos de administração, de direção ou fiscalização do organismo de direito público.

Indica Sérvulo Correia que tanto a jurisprudência comunitária, como a doutrina nacional e o próprio CCP, reconhecem que *“a densificação do conceito de organismo de direito público, para efeitos de verificação do preenchimento do segundo requisito cumulativo – criação para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter comercial ou industrial - desenvolve-se a partir da não submissão de uma empresa à lógica de mercado e concorrência (n.º 3 do artigo 2.º do CCP).”*

Assim, para uma correta interpretação do conceito comunitário de organismo de direito público deve clarificar-se o que se entende por *“necessidades de interesse geral”* e por *“carácter industrial ou comercial”*.

Refere, ainda, que, por *“necessidades de interesse geral”* deve entender-se aquilo que *“corresponde a insuficiências que decorrem de um interesse direto em prosseguir em favor da comunidade, não subordinado a um interesse individual, ou de grupo organizado. Dizem respeito à comunidade como um todo, a sua satisfação é assimilada e percebida como a realização do bem comum. Neste sentido, este tipo de necessidades são satisfeitas por serviços de interesse geral que englobam: actividades de serviço não económico*

de contratos públicos de obras e manteve-se nas Diretivas 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE, que regulavam a formação de contratos públicos.

(sistema de educação, protecção social, saúde, etc); funções intrínsecas à própria soberania (segurança, justiça, defesa); serviços de interesse económico geral (energia, comunicações, serviços postais, etc.).”

No que respeita ao entendimento de “*carácter industrial ou comercial*”, o autor explica o conceito pela via negativa, isto é, pelo que não é. Neste contexto, entende que “*não têm carácter industrial ou comercial as pessoas colectivas que não actuam no mercado de forma plenamente concorrencial, por comparação com os demais operadores económicos privados, uma vez que dispõem (ou podem dispor) de vantagens ou benefícios concedidos pela administração pública ou por outras entidades adjudicantes.*”

Acrescenta, ainda, que a “*jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades considera que o conceito necessidades de interesse geral sem carácter comercial ou industrial abrange: a) as necessidades que são satisfeitas de modo diferente da oferta de bens ou de serviços no mercado; e b) que por razões ligadas ao interesse geral, os poderes públicos optam por satisfazê-las directamente com os seus recursos, ou através de entidades em relação às quais pretendem manter uma influência determinante.*”

Como exemplo de jurisprudência europeia indica o Acórdão da Comissão contra Reino de Espanha que determinou que “*a existência ou a ausência de uma necessidade de interesse geral sem carácter industrial ou comercial deve ser apreciada tomando em conta a totalidade dos elementos de direito e de facto relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação do organismo em causa e as condições em que o mesmo exerce a sua actividade, incluindo, designadamente, a ausência de concorrência no mercado, a ausência de um fim lucrativo a título principal, a falta de assunção dos riscos ligados a essa actividade bem como o eventual financiamento público da actividade em causa*”.

Também Mário Esteves de Oliveira¹⁹⁰ se pronunciou sobre o âmbito subjetivo do CCP a propósito do anteprojeto deste diploma, afirmando que “*o seu âmbito de aplicação está aí traçado com uma amplitude enganadora (...) não sendo o*

¹⁹⁰ Mário Esteves de Oliveira, “*A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração pública*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64, julho/agosto de 2007, p. 36.

factor de delimitação do âmbito de aplicação do regime procedimental estabelecido nesse preceito, ao contrário do que nele se sugere, de índole estritamente subjectiva. Ou seja, não é, como vai ver-se, a formação de quaisquer contratos das referidas entidades que está sujeita a esse regime, mas apenas a de alguns deles, tendo o autor do projeto dito aí manifestamente mais do que queria.”

A comprovar esta posição encontra-se a previsão do art.º 5.º (contratação excluída) do CCP, que expressamente exclui uma série de contratos dos procedimentos de contratação pública.

Com efeito, refere este Autor que a justificação para a contratação excluída constante do art.º 5 do CCP pode ter subjacente diversos motivos: *“a parte II do presente código não é aplicável à formação de contratos a celebrar por entidades adjudicantes cujo objeto abranja prestações que não estão nem sejam suscetíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, designadamente em razão da sua natureza ou das suas características, bem como da posição relativa das partes no contrato ou do contexto da sua própria formação.”*

Para Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente¹⁹¹, as entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 2.º do CCP são aquelas entidades que fazem parte do chamado sector público administrativo tradicional, isto é, as integram a Administração Pública em sentido orgânico. As únicas pessoas excluídas do elenco do n.º 1 do artigo 2.º são as designadas “entidades públicas empresariais” e as entidades empresariais locais.

À semelhança de João Henriques Pinheiro, mencionam estes autores que o conceito de organismo de direito público tem origem no direito comunitário, tendo sido introduzido no direito interno através da transposição de diretivas comunitárias.

Por outro lado, explicam que a introdução foi efetuada primeiro no âmbito do Decreto-Lei n.º 197/99 e também no Decreto-Lei n.º 59/99, porém, segundo os autores, enquanto neste último diploma se fez uma correta transposição do

¹⁹¹ Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente, “Código dos Contratos Públicos”, Comentado, volume I, Almedina, 2009, pp. 78 e ss.

conceito, o mesmo já não sucedeu com o Decreto-lei n.º 197/99, na medida em que se deixou expressamente de fora as pessoas coletivas com natureza empresarial. Descrevem os autores que *“a exclusão das pessoas coletivas com natureza empresarial do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99 foi muito criticada por alguma doutrina nacional que veio defender, com base na jurisprudência comunitária que vinha sendo produzida nesta matéria (ver acórdão Mannesmann, de 16-09-1997¹⁹²), que as entidades com natureza empresarial deveriam incluir-se no conceito de organismo de direito público no caso de a respetiva atividade económica não se encontrar submetida à lógica de mercado e da livre concorrência, devendo, nesse caso, ser feita uma interpretação conforme com as diretivas comunitárias.”*

É desta forma que se entende que, posteriormente, o legislador do CCP tenha vindo referir no preâmbulo do CCP que *“relativamente ao âmbito subjetivo de aplicação das regras de contratação pública, a novidade fundamental diz respeito à rigorosa transposição da noção comunitária de “organismo de direito público” – introduzida de forma acompanhar o entendimento que tem sido veiculado pela jurisprudência comunitária e portuguesa promove-se, pois, a sujeição das entidades instrumentais da Administração Pública às regras dos procedimentos pré-contratuais públicos.”*

No tocante ao conceito de organismo de direito público, assinalam os autores as conclusões do Acórdão *Mannesman* que entendeu que a *“a noção de interesse geral pode ser cotejada (...) com a ideia de (...) atividades que beneficiam diretamente a coletividade”, por oposição aos interesses individuais ou de grupo.”*

Já no que concerne ao que se deve entender por “necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial”, citam João Amaral Almeida que servindo-se também da jurisprudência do TJUE produzida desde 1998 indica que *“uma entidade satisfaz necessidades de interesse geral com carácter industrial ou comercial sempre que atue no mercado numa situação de livre e plena concorrência com outros operadores económicos privados.”* Salienta, contudo, que a mesma jurisprudência menciona que *“o facto de uma entidade atuar no mercado numa situação de concorrência apenas constitui um indício*

¹⁹² Vd. Processo C-44/96.

de que as necessidades de interesse geral que prossegue têm carácter industrial ou comercial.”

Assim, para se determinar se estamos perante um caso de verdadeira concorrência é necessário efetuar uma análise do caso concreto, isto é, *“a totalidade dos elementos de facto e de direito relevantes, tais como as circunstâncias que presidiram à criação do organismo em causa e as condições em que o mesmo exerce a sua atividade. Se o organismo opera em condições normais de mercado, prossegue um fim lucrativo e suporta as perdas associadas ao exercício da sua atividade, é pouco provável que as necessidades que viva satisfazer não sejam de natureza industrial ou comercial”*.

Daqui decorre que quando uma entidade dispõe de determinados privilégios ou benefícios concedidos por uma outra entidade pública, por exemplo, compensações financeiras para suportar os prejuízos da atividade, há apenas uma aparente concorrência, pelo que se deve considerar que estão obrigados a submeter-se às normas da contratação pública.

No que respeita ao requisito cumulativo de verificação de uma situação de dependência em relação a uma ou mais entidades adjudicantes, e que se traduz nestas financiarem maioritariamente a respetiva atividade, de exercer o controlo da respetiva gestão ou de poderem designar, direta ou indiretamente, mais de metade dos membros dos respetivos órgãos de administração, de direção ou de fiscalização, Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente densificam cada um de estes subfactores.

Assim, no tocante ao financiamento elucidam que o mesmo deve ser entendido como se de um “auxílio financeiro, sem contrapartida específica” se tratasse. Por outro lado, o termo “maioritariamente” *“deve interpretar-se no sentido de que se trata de “mais de metade”*.

No que concerne ao critério alternativo do controlo de gestão, é entendimento do TJCE que este *“deve criar uma dependência do organismo em causa em relação aos poderes públicos, equivalente à que existe quando um dos outros dois critérios alternativos está preenchido, ou seja, um financiamento proveniente maioritariamente dos poderes públicos ou a nomeação por estes*

da maioria dos seus membros que compõem o órgão de administração, de direção ou de fiscalização deste organismo, de modo a permitir aos poderes públicos influenciarem as decisões do referido organismo em matéria de contratos públicos.”

Porém, aqueles autores dão nota de que não é suficiente existir uma tutela, isto é, *“o mero controlo de regularidade ou de conformidade, assim como, um simples “controlo a posteriori” não são bastantes para concluir pela existência de um controlo de gestão, já que este implica um controlo permanente, e embora não tenha de incluir especificamente as adjudicações dos contratos públicos, dele tem de resultar a possibilidade de um poder público influenciar as decisões do organismo em causa”*.

Também Miguel Assis Raimundo¹⁹³ alude à questão do conceito de organismo de direito público recorrendo à interpretação feita pelo TJUE.

Em suma, refere este autor que a interpretação do conceito de organismo de direito público deve ser efetuada de forma lata e, por outro lado, o conceito de *“necessidades de interesse geral sem carácter industrial ou comercial”* surge como um conceito autónomo de direito comunitário e como tal deve ser interpretado.

Assim, para se averiguar se a atividade desenvolvida pela entidade é de interesse geral, deve atender-se à atividade efetivamente exercida, isto é, às razões que presidiram à criação dessa entidade. Depois, salienta a jurisprudência do TJUE que afirma que *“constituem necessidades de interesse geral que não têm carácter comercial ou industrial aquelas necessidades que, por um lado, não se satisfazem mediante oferta de bens ou serviços no mercado e que, por outro lado, por razões de interesse geral, o Estado decide satisfazer por si próprio ou a respeito das quais quer preservar uma influência determinante.”*

Pelo exposto, Miguel Assis Raimundo entende que o conceito de organismo de direito público deve ser aferido tendo em conta todos os elementos de facto e de direito, a saber: i) circunstâncias que presidiram à criação da empresa; 2) condições em que exerce a sua atividade, incluindo, particularmente, a falta de

¹⁹³ *Obra cit.*, p. 281 e ss.

concorrência no mercado, e a falta de ânimo de lucro como objetivo principal, 3) não assunção dos riscos da atividade e 4) eventual financiamento público.

Prevê-se para breve a revisão do CCP, dando sequência à necessidade de transposição das Diretivas Europeias de 2014 relativas aos contratos públicos.¹⁹⁴

No âmbito da análise à proposta do anteprojeto de revisão do CCP ¹⁹⁵, Pedro Fernández Sánchez¹⁹⁶ fez uma apreciação sobre a forma como o referido texto do anteprojeto se propunha efetuar a referida transposição, designadamente o conceito de organismos de direito público.

Este autor critica o texto adotado no anteprojeto, na medida em que o mesmo considerava que a atividade económica de uma determinada pessoa coletiva não se submeteria à lógica concorrencial de mercado baseado apenas em dois critérios: i) quando essas entidades não tivessem fins lucrativos e ii) quando não assumissem os prejuízos resultantes da sua atividade. Para ele, a materialização destes dois critérios não corresponde à *“evolução dos trabalhos legislativos europeus que concluíram na aprovação das Directivas de 2014.”*

Explica, ainda, que, embora nos textos iniciais para revisão das diretivas a Comissão se tivesse considerado densificar o conceito de organismo de direito público através destes elementos utilizados pela jurisprudência produzida pelo TJUE¹⁹⁷, no decurso dos trabalhos legislativos comunitários este aditamento foi

¹⁹⁴ Em 28 de março de 2014 foram publicadas no Jornal Oficial da União Europeia três Diretivas de contratação pública: a Diretiva n.º 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa à adjudicação de contratos de concessão; a Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva n.º 2004/18/CE; e a Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva n.º 2004/17/CE. Foi ainda aprovada a Diretiva n.º 2014/55/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril, relativa à faturação eletrónica nos contratos públicos.

¹⁹⁵ Disponível para consulta em: <http://www.base.gov.pt/Base/pt/popup?A=278>

¹⁹⁶ Pedro Fernández Sánchez, *“Alterações no âmbito de aplicação do Regime de Contratação Pública à luz do anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos”*, integrado na publicação *“Atas da conferência - A revisão do Código dos Contratos Públicos”*, Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins (coord.), Editora ICJP/CIDP, 2016, pp. 32 e ss, disponível para consulta em: <https://www.icjp.pt/publicacoes/1/11040>,

¹⁹⁷ Designadamente tinham inserido um Considerando que permitia *“esclarecer que um organismo que opera em condições normais de mercado, que tem fins lucrativos, e que assume os prejuízos resultantes do exercício da sua actividade, não deverá ser considerado um «organismo de direito público» uma vez que as necessidades de interesse geral, para satisfação das quais foi criado ou que foi encarregado de cumprir, podem ser consideradas*

excluído. Esta exclusão deveu-se precisamente ao entendimento de “*que os efeitos negativos que dele adviriam seriam consideravelmente superiores a qualquer benefício obtido pelo ordenamento europeu*”¹⁹⁸.

Clarifica, então, que o aditamento em causa resultava de uma mistura de elementos e de indícios de natureza diversa e que nunca poderiam ser tidos em consideração pelo intérprete naqueles termos. Quando o tribunal pretendeu identificar os “organismos de direito público”, ter-se-á socorrido do já referido e longínquo Acórdão *Mannesmann* e de métodos indiciários compostos por qualquer tipo de circunstâncias quantitativas e qualitativas inerentes ao caso concreto que permitissem demonstrar ou não a natureza concorrencial da atividade prosseguida.

Aguarda-se com expectativa a publicação do novo CCP para se verificar de que modo se irá transpor o conceito de organismo de direito público.

A propósito da transposição das novas Diretivas de 2014 e da consequente revisão do CCP português, afigura-se importante dar nota da posição e expectativa de Vasco Pereira da Silva.¹⁹⁹ Para este Autor, com a transposição das diretivas europeias a discussão sobre a existência de contratos administrativos e contratos privados da Administração Pública deixará de se justificar porque essa distinção foi superada pela legislação europeia que veio contemplar uma terceira via contratual, isto é, os contratos públicos. Refere, ainda, que a distinção que apelida de “esquizofrénica” entre contratos administrativos e contratos privados da Administração serviu apenas para proteger a Administração da “infância difícil” do Direito Administrativo.

Historicamente, Vasco Pereira da Silva esclarece que esta necessidade de distinção nasceu em França no século XIX, quando se entendeu criar um regime privilegiado, tanto de foro²⁰⁰ como de direito substantivo, para os atos

como tendo carácter industrial ou comercial”.

¹⁹⁸ Cfr., no texto final, a alínea a) do § 4.º do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 2014/24/UE.

¹⁹⁹ Vasco Pereira da Silva, “*Para um Novo Código dos Contratos Públicos Ambientalmente Sustentável*”, artigo inserido na publicação “A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos”, coordenação de Maria João Estorninho, Edição Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2016, pp. 43 e ss, disponível para consulta em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf

²⁰⁰ Entendia-se que os litígios onde figurasse a Administração não deveriam ser julgados por um juiz mas por um órgão da Administração.

administrativos. A ideia que prevalecia era de que os contratos em que interviesse a Administração Pública deveriam beneficiar desse privilégio, considerando a sua importância e o valor. Partindo desta concepção, a doutrina clássica²⁰¹ entendeu diferenciar não só o foro mas também o direito substantivo, que seria distinto em virtude da existência de elementos “exorbitantes” que resultavam dos contratos administrativos. Desta forma, explica o autor que *“surgiu aquela orientação “esquizofrénica” de distinguir, no Direito Administrativo, entre os contratos ditos administrativos, que seriam objeto de julgamento pelos tribunais administrativos e seguindo um regime substantivo administrativo, e os contratos ditos privados, que eram julgados pelos tribunais comuns e que estavam submetidos às regras jurídico-privadas.”*

Vasco Pereira da Silva afirma que, na prática, esta dualidade de contratos não tinha qualquer sustentação porque dos contratos ditos administrativos não resultavam quaisquer privilégios ou normas exorbitantes. As cláusulas dos contratos administrativos decorriam da lei ou do acordado pelas partes à semelhança de cláusulas de idêntico teor celebradas entre particulares. No que respeita aos contratos privados da Administração, também não deixavam de estar submetidos a regras e princípios de Direito Público, designadamente os princípios gerais da atuação administrativa e as regras definidoras de fins públicos a ser prosseguidos.

Defende, assim, que o que importa *“é o exercício da função administrativa através de formas bilaterais, de forma a obter a satisfação das necessidades coletivas, o que deveria dar origem a regimes comuns destinados à realização desses desideratos, bem como à unidade de julgamentos de todos esses contratos, cada vez mais importantes para o exercício da função administrativa.”* Com a europeização do Direito Administrativo, tal desiderato foi alcançado, na medida em que o Direito Europeu superou a distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração²⁰², quando estabeleceu regras comuns para todos os tipos de contratos relevantes para o

²⁰¹ Indica o Vasco Pereira da Silva que no direito português esta discussão teve lugar nos anos 80/90 do século passado, tendo a doutrina unitária em matéria de contratação administrativa sido defendida inicialmente por Maria João Estorninho, a que se juntaram depois João Caupers, Marcelo Rebelo de Sousa, André Salgado Matos e o próprio autor.

²⁰² Que só era utilizada nos países de influência francesa, Itália, Espanha, Portugal mas já não na Alemanha e nos países de sistema anglo-saxónico.

exercício da função administrativa, unificando-os na figura dos contratos públicos.

Entende aquele autor que o CCP estabeleceu no Direito Administrativo nacional *“uma disciplina geral completa (tanto procedimental como material) de todos os contratos em que intervém a administração, ao mesmo tempo que uniformiza e simplifica a tipologia e a tramitação dos procedimentos pré-contratuais e racionaliza o regime material da contratação pública.”* Acresce que, no seu entender, as novas Diretivas de 2014²⁰³ alargam o universo dos contratos públicos e foram ainda mais longe no estabelecimento das regras comuns no domínio da contratação administrativa, afastando-se cada vez mais desta situação vigente em Portugal, que designa de “meias-tintas”, em matéria contratual.

Outros autores como Fausto de Quadros, José Manuel Sérvulo Correia, Rui Chancerelle de Machete, José Carlos Vieira de Andrade, Maria da Glória Dias Garcia, Mário Aroso de Almeida, António Políbio Henriques, José Miguel Sardinha²⁰⁴ entendem que o n.º 1 do artigo 200.º do CPA, revisto em 2015, manteve expressamente a dicotomia dos contratos da Administração Pública, designadamente entre contratos administrativos, sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo, e contratos submetidos a um regime de direito privado.

O reconhecimento destes dois modos jurídicos da atividade contratual da Administração Pública justifica, aliás, o n.º 2 do artigo 202.º do CPA, que determina a aplicação aos órgãos da Administração Pública, no âmbito dos contratos sujeitos a um regime de direito privado, das disposições do Código que concretizam preceitos constitucionais e os princípios gerais da atividade administrativa.

Mais referem que a alínea e) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF continua a deixar de fora da jurisdição administrativa a apreciação de litígios relativos a contratos celebrados pela Administração Pública submetidos a um regime de direito privado e que não hajam de ser celebrados nos termos do CCP.

²⁰³ Entre outras, a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que ainda se aguarda a transposição para o ordenamento jurídico interno.

²⁰⁴ *Obra cit.*, p. 248.

Concluem, por isso, afirmando que o alargamento da área dos contratos sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo não significa a eliminação da figura dos contratos da Administração Pública submetidos a um regime de direito privado.

Da doutrina exposta resulta que continua a existir espaço para a distinção entre contratos administrativos, contratos privados da Administração pública e contratos públicos

Cumpra agora analisar em que medida o CCP se aplica aos contratos de empréstimos públicos e ao próprio IGCP.

Como referiram os vários autores citados, existe um conjunto de atividades excluídas da contratação pública e que se encontram previstas expressamente no n.º 4 do artigo 5.º do CCP.

No que se refere ao contrato de empréstimo público, releva para o efeito a exclusão prevista na alínea e) do n.º 4 do art.º 5: *“contratos de aquisição de serviços financeiros relativos à emissão, compra, venda ou transferência de títulos ou outros instrumentos financeiros, nomeadamente os contratos relativos a operações de obtenção de fundos ou de capital pela entidade adjudicante, bem como os contratos a celebrar em execução das políticas monetária, cambial ou de gestão de reservas e os de aquisição de serviços de carácter financeiro prestados pelo Banco de Portugal.”* Resulta deste artigo que a grande maioria da atividade principal desenvolvida pelo IGCP, que acima descrevemos e que possui relevância ao nível do objeto do presente trabalho, se encontra expressamente excluída da contratação pública, mais precisamente da parte II do CCP.

Por outro lado, também a parte III do CCP, que estabelece o regime substantivo dos contratos administrativos, não se aplica aos contratos de empréstimo público e, por conseguinte, aos contratos de subscrição de certificados de aforro, porquanto tais contratos não estabelecem uma relação jurídica de direito administrativo, nem para tal regime de direito administrativo se remete, antes pelo contrário, os contratos de empréstimo público estão submetidos a um regime de direito privado, designadamente financeiro.

Miguel Assis Raimundo²⁰⁵ faz, neste âmbito, referência a uma particularidade de grande relevância para a atividade desenvolvida pelo IGCP e que diz respeito à posição contratual por este assumida, em nome do Estado, nos contratos de empréstimo público.

A matéria dos procedimentos pré-contratuais tem sido considerada sobretudo do ponto de vista dos contratos passivos das empresas públicas, isto é, dos contratos em que as empresas públicas surgem como adquirentes de bens ou serviços e não do ponto de vista dos contratos ativos em que a empresa pública surge como produtora de bens e prestadora de serviços em resultado da atividade que desenvolve.

Refere o Autor que, no caso em que a empresa pública surge como prestadora de bens e serviços, os cocontratantes adquirentes estão, em regra, pré-determinados. Explica o autor que “*ou se trata de todo e qualquer cidadão (...) ou se trata de uma pessoa coletiva pública à qual a empresa dedica a sua atividade.*”

Em qualquer dos casos, a questão da concorrência prévia à celebração do contrato não se coloca, ou então apenas se coloca de forma residual, na medida em que a publicidade está garantida de forma intrínseca como resultado de normas jurídicas, dotadas de generalidade e abstração que tornam desnecessária qualquer formalidade adicional de natureza concorrencial.

É este precisamente o cenário dos contratos de subscrição de certificados de aforro, uma vez que o IGCP está numa posição de prestador de serviços, designadamente disponibilizando instrumentos financeiros a todo e qualquer cidadão.

Aliás, a exclusão prevista na alínea e) do n.º 4 do art.º 5 do CCP para este tipo de serviços é perfeitamente perceptível, na medida em que não é exequível, nem faz qualquer sentido a subscrição de certificados de aforro através dos tipos de procedimentos de contratação previstos na parte II do CCP.

Por outro lado, no que respeita à aplicação do CCP ao próprio IGCP, com vimos do elenco das entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do art.º 2.º não

²⁰⁵ *Obra cit.*, p. 273 e 274.

constam as empresas públicas. Já no que respeita ao n.º 2 do mesmo preceito, a única possibilidade de integração seria aquela que se reporta ao conceito de organismo de direito público.

Como referiram os vários Autores acima mencionados, para se aferir se uma entidade se integra no conceito de organismo de direito público têm de se considerar as circunstâncias que presidiram à sua criação.

Quanto aos motivos que presidiram à criação do IGCP dedicou-se grande parte do Capítulo I e também Capítulo II deste trabalho, porém considera-se clarificador o descrito no preâmbulo do diploma que em 1996 instituiu o IGCP, designadamente quando se refere que se “... criou o Instituto de Gestão do Crédito Público, como entidade que se pretende altamente especializada e dotada, quer de flexibilidade de gestão, quer dos meios técnicos (nomeadamente informáticos), que hoje constituem instrumentos essenciais da gestão financeira, quer ainda da capacidade de disputar os melhores quadros técnicos e de gestão. Pretendeu-se que este Instituto assumisse uma natureza semelhante à das instituições financeiras que executam actividades similares e que tivesse uma dimensão reduzida, optando-se expressamente pela qualidade dos seus quadros, em detrimento da quantidade, que deverá nortear-se sempre por uma grande contenção. Com este Instituto pretende-se assim incrementar a eficiência na gestão da dívida pública, por forma a conseguir minimizar o seu custo numa perspectiva intertemporal.”

De seguida, importa ainda verificar, cumulativamente, o preenchimento dos requisitos constantes da alínea a) do n.º do art.º 2.º do CCP, a saber: i) “tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência; e ii) “sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades.”

A atividade exercida pelo IGCP não se configura como uma necessidade de interesse geral, sem carácter comercial ou industrial, que se desenvolve a partir

da não submissão da empresa à lógica de mercado e concorrência.

Veja-se, a este respeito, o que também consta do preâmbulo do diploma de 1996, que afirma que *“na sequência do Tratado da União Europeia, o financiamento do Estado não beneficia hoje de qualquer privilégio especial (...). O financiamento do Estado é disputado no mercado, em concorrência com todos os outros operadores e em igualdade de condições (salvaguardadas as diferenças inerentes ao risco de crédito). Por consequência, a sua gestão obedece às mesmas regras, critérios e riscos a que se sujeita a dívida dos agentes privados, devendo ainda salvaguardar o interesse público.”* O IGCP foi efetivamente criado para a disputa de disponibilidades financeiras no mercado, em situação de livre e plena concorrência com os demais operadores económicos privados e em igualdade de condições.

Acresce que a atividade do IGCP está, primeiramente, vocacionada e direcionada para a prestação de serviços ao Estado e não propriamente para a prestação de um serviço público ao cidadão.

No que concerne ao fim lucrativo ou ânimo de lucro, em sentido clássico ou económico o termo lucro é entendido como obtenção de ganhos, rendimentos. Ora, nesse sentido ele não pode ser utilizado na atividade desenvolvida pelo IGCP, na medida em que este gere a dívida pública, querendo isto significar que a sua gestão se reporta sempre a um passivo.

O que se espera da atividade do IGCP é a redução do custo da dívida pública, ou seja, o ganho do IGCP está na minimização dos custos de financiamento do Estado português. Nesta perspetiva, podemos considerar que existe efetivamente um ânimo de “lucro” na atividade desenvolvida que no caso concreto se traduz na minimização dos custos do Estado.

No tocante a suportar as perdas associadas ao exercício da sua atividade, já atrás referimos que a principal fonte de receita do IGCP é a comissão anual que recebe pelo exercício da sua atividade. Tal comissão é variável em função do seu desempenho e da avaliação que é feita do trabalho desenvolvido. Por outro lado, nos termos do atual RJSPE, caso o IGCP apresente um capital próprio negativo por um período de três exercícios económicos consecutivos, os órgãos de administração devem propor obrigatoriamente ao titular da função

acionista medidas concretas destinadas a superar a situação deficitária ou então a extinção da empresa.

Além do mais, existem também consequências para os titulares dos órgãos de administração das empresas públicas que respondem perante o titular da função acionista pelos resultados obtidos com a gestão efetuada, podendo, nos termos do EGT, verificar-se a dissolução do conselho de administração ou então demitir-se o gestor público quando individualmente lhe seja atribuída uma avaliação de desempenho negativa.

Desta forma, fica claro que o IGCP assume riscos na atividade que desenvolve.

Cabe ainda analisar o outro requisito – também de preenchimento cumulativo -, que se desdobra em ser maioritariamente financiado, estar sujeito ao controlo de gestão ou, por último, ter um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja designada, directa ou indirectamente.

Como explicaram Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente, por financiamento deve entender-se um auxílio financeiro, sem contrapartida específica, interpretando-se o termo “maioritariamente” no sentido de corresponder a mais de metade. Como se viu, o IGCP não recebe auxílios financeiros sem contrapartida específica, as receitas próprias do IGCP resultam não só da comissão anual variável que recebe em função da sua atividade, como dos montantes provenientes de comissões de gestão ou de qualquer outra forma de remuneração que lhe seja devida pela prestação de serviços bancários, designadamente pela utilização da rede de cobranças do Estado; os montantes cobrados às entidades do setor público empresarial ou às entidades que celebrem com o IGCP contratos de mandato com representação, os montantes cobrados pela função de leiloeiro no mercado europeu dos leilões de licenças de emissão de gases com efeito de estufa; e, os montantes que sejam cobrados pela prestação de serviços conexos com a emissão, subscrição, transmissão e reembolso de valores representativos de dívida pública colocadas junto de particulares.

No que respeita ao controlo de gestão, explicaram também aqueles autores que não é suficiente existir uma tutela, isto é, o mero controlo de regularidade

ou de conformidade, assim como, um simples “controle *a posteriori*”. É preciso existir um controle permanente que influencie as decisões do organismo em causa. Também este requisito não se verifica, uma vez que, como vimos acima a propósito do art.º 25º do RJSPE, existe uma regra da autonomia da gestão dos órgãos de administração das empresas públicas, designadamente dos modelos e das práticas de gestão concretamente aplicáveis ao desenvolvimento da respetiva atividade.

Por último, a questão de “*ter um órgão de administração, de direção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, direta ou indiretamente, designado*”, esta é a única circunstância que efetivamente se verifica, uma vez que todos os membros do conselho de administração do IGCP, assim como o fiscal único, são nomeados pelo Ministro da tutela. Não obstante, os requisitos acima referenciados têm de ser verificados cumulativamente, pelo que a circunstância de em causa não é suficiente para integrar o IGCP no conceito de organismo de direito público.

Do que antecede, constata-se que as disposições do CCP não se aplicam aos contratos de empréstimo público, uma vez que foram expressamente considerados contratação excluída e também não se aplicam ao IGCP, porquanto este não se enquadra em nenhuma das categorias de “entidade adjudicante” nos termos definidos no CCP.

APRECIÇÃO CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

Como se referiu no início deste trabalho, existe já alguma jurisprudência dos nossos tribunais especificamente sobre litígios no âmbito dos contratos de subscrição de certificados de aforro, que importa agora examinar.

A jurisprudência aqui selecionada foi a que se considerou mais significativa proferida por ambas as jurisdições, tendo sido escolhida com base na existência de causa pedir e de pedido idênticos.

Uma nota prévia para se referir que, no âmbito da análise dos pressupostos processuais, nos quais se inclui a competência do tribunal, numa primeira fase,

em ambas as jurisdições, os juízes titulares dos processos judiciais limitaram-se a proferir sumariamente que o tribunal era o competente.

No entanto, foi no âmbito dos processos que correram termos nos tribunais administrativos que se começou por questionar a competência desta jurisdição para a resolução dos litígios em causa.

Por este motivo, a análise de jurisprudência que de seguida se empreenderá incidirá sobre as decisões judiciais da jurisdição administrativa na parte em que aludiram à questão da sua competência material.

Importará, ainda, sumariamente descrever o litígio que está subjacente às decisões proferidas pelos Tribunais. Trata-se, regra geral, de uma disputa relacionada com a norma que prevê a prescrição dos certificados de aforro subscritos por um aforrador entretanto falecido.

Como se referiu atrás, os certificados de aforro são valores monetários, não transacionáveis, nominativos e reembolsáveis e que apenas podem ser subscritos por pessoas singulares. Em caso de morte do seu titular (e só há um titular), os certificados de aforro podem ser transferidos ou resgatados pelos herdeiros do falecido.

Sucedem que, à semelhança do prazo de prescrição também previsto para os depósitos bancários das outras instituições financeiras, existe um prazo para o exercício desse direito de transferência (ou de resgate) a favor dos herdeiros do falecido. Tal prazo prescricional é atualmente de dez anos²⁰⁶, em consonância com o prazo de caducidade também de dez anos estabelecido no artigo 2059º do CC para a aceitação das heranças. O prazo de prescrição faz parte dos diplomas legais específicos de cada uma das séries de certificados de aforro e, por conseguinte, constitui uma das cláusulas gerais do contrato de subscrição de certificados de aforro.

Nestes casos, a causa de pedir relaciona-se com a posição subjetiva dos autores enquanto herdeiros do titular aforrista falecido e o direito que lhes

²⁰⁶ O prazo de prescrição anterior era de cinco anos, porém após o Ac. n.º 541/04 do Tribunal Constitucional, proferido no âmbito do processo nº 786/2003 (disponível para consulta em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040541.html>), que veio a considerar inconstitucional a norma que fixava o prazo de cinco anos, procedeu-se à alteração da legislação aplicável aos certificados de aforro passando o prazo de prescrição para os atuais dez anos.

assiste de transferência ou resgate daqueles títulos representativos da dívida pública. O pedido dos autores é a entrega pelo IGCP dos valores correspondentes às unidades de certificados de aforro subscritas pelo aforrista aos respetivos herdeiros, isto é, o direito ao crédito.

Assim, no que respeita à jurisprudência dos tribunais comuns, foram tidos em conta os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (STJ):

- Acórdão do STJ de 11-02-2003, proferido no Proc. n.º 02A4701²⁰⁷.
- Acórdão do STJ de 08-11-2005, proferido no Proc. n.º 05A3169²⁰⁸.
- Acórdão do STJ de 28-02-2015, proferido no Proc. n.º 1741/13.8²⁰⁹.

No tocante aos Acórdãos proferidos pelo Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), foram tomados em consideração os seguintes:

- Acórdão do TRL, de 05-05-2005, proferido no Proc. n.º 3850/2005-6²¹⁰.
- Acórdão do TRL, de 14-12-2006, proferido no Proc. n.º 8477/2006-8²¹¹.

Como referimos, em todos os arestos citados, o STJ e o TRL consideraram-se competentes para apreciar o litígio, sem necessidade de discorrer sobre os fundamentos da respectiva competência.

Iniciamos agora a análise da jurisprudência da jurisdição administrativa, com especial incidência naquela que fez alguma alusão à questão da competência material, porque aí a problemática tem sido objeto de um debate mais intenso.

A primeira alusão a este assunto consta do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA) de 01-10-2015, proferido no âmbito do Processo: 619/15²¹², no âmbito de uma declaração de voto de um dos Juízes

²⁰⁷ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a7ca3e453f2241d580256d320023a9cc?OpenDocument>

²⁰⁸ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/1412c0347a18d75a802570cb00351706?OpenDocument>.

²⁰⁹ Decisão singular, indisponível na base de dados da DGSi

²¹⁰ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/beacacaa356d4ec98025702e003d41e1?OpenDocument>;

²¹¹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/32a02128c9fbe1c5802572820052e7f7?OpenDocument>;

²¹² Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9ac09105c744d16880257ede>

Conselheiros do STA, com o seguinte teor:

“Considero que a jurisdição administrativa é incompetente para julgar o litígio em causa, pois o mesmo emerge de uma relação jurídica de direito privado, evidenciada, desde logo, pelas decisões dos Tribunais Judiciais citados. Considero ainda que o meio processual – intimação para protecção de direitos liberdades e garantias, não é idóneo dado o disposto no art.º 109º, 1, parte final. (...)”

Sobre esta declaração há duas notas a salientar. Primeiro, defende-se a incompetência da jurisdição por o litígio emergir de uma relação jurídica de direito privado, isto é, não se trata de uma relação jurídica administrativa e por isso a resolução da lide não corresponde à competência material natural da jurisdição. Segundo, alude-se ainda a inidoneidade do meio processual da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias, em virtude da parte final do disposto no art.º 109 do CPTA²¹³.

Uma parte significativa dos autores nos processos que entram nos tribunais administrativos e fiscais opta pelo recurso ao meio processual de carácter urgente “Intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias”.

A causa de pedir invocada para a utilização deste meio assenta na alegada violação de *“... direitos, liberdades e garantias fundamentais, de natureza pessoal, concretizando assim o princípio constitucional plasmado no artigo 20º, nº 5 da CRP, que prevê que “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”*. É este, entre outros, o entendimento vertido no Acórdão de 19-06-2014 do Tribunal Central

[004b944b?OpenDocument&ExpandSection=1.](#)

²¹³ O artigo 109.º, n.º 1, do CPTA determina que: *“A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adoção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento provisório de uma providência cautelar, segundo o disposto no artigo 131.º”*.

Administrativo Sul (TCAS), proferido no processo n.º 10786/14²¹⁴.

Da interpretação do artigo 20º, nº 5 da CRP, é retirada ainda a conclusão de que o preceito não exclui os direitos fundamentais de natureza análoga do âmbito de aplicação deste meio processual, nomeadamente aqueles que decorrem do artigo 17º da CRP, como sucede com os direitos fundamentais de conteúdo patrimonial.

Assim, a causa de pedir é a violação de um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, de natureza pessoal, que se consubstancia num direito de conteúdo patrimonial.

Como se pode verificar a causa de pedir não é apreensível de uma forma direta e surge de um entendimento muito elaborado, remetendo para um direito fundamental análogo que parece ter uma menor relevância, abrindo caminho para um entendimento muito abrangente daquilo que se deve entender como sendo o núcleo dos direitos, liberdades e garantias fundamentais que devem poder usufruir de um meio processual de natureza excecional.

A posição adotada pela jurisprudência ao validar a utilização da intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias nestes litígios parece pouco razoável, porque efetivamente o que está em causa é um mero direito de crédito pelos herdeiros. Considerar que a não entrega dos valores contratuais relativos a certificados de aforro constitui uma violação de um direito fundamental merecedor da decisão judicial através de um processo urgente de natureza excecional parece completamente desajustado do litígio em causa.

A segunda nota a retirar da posição adotada pelo juiz Conselheiro vencido está relacionada com a circunstância de este considerar que o meio processual utilizado não é idóneo dado o disposto na parte final do n.º 1 do art.º 109º do CPTA.

Com efeito, os pressupostos para a utilização deste meio processual não se verificam, na medida em que normalmente não há necessidade de uma célere decisão de mérito que imponha ao IGCP a adoção de uma conduta positiva indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, do direito de crédito

²¹⁴ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/08f980d4a82fb06280257d02003b797d?OpenDocument>

dos herdeiros, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento provisório de uma providência cautelar, segundo o disposto no artigo 131.^{o215}.

Regra geral, nestes litígios não existem motivos que afastem a utilização do decretamento provisório da providência, que se aplica quando se reconheça a existência de uma situação de especial urgência, passível de dar causa a uma situação de facto consumado na pendência do processo. Sucede que o decretamento provisório da providência é, como o nome indica, provisório o que implica que os autores tenham de intentar a ação principal de modo a obterem uma decisão final sobre o litígio em causa, tornando este mecanismo menos aliciente e interessante para quem pretende obter uma decisão judicial final o mais rapidamente possível.

Não obstante, na maioria das vezes nem a intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, nem o decretamento provisório da providência, são necessários nestes litígios, porque efetivamente não há qualquer motivo de urgência envolvido. Recorde-se que a questão da prescrição dos certificados de aforro só se levanta ao fim de dez anos após a morte do titular dos certificados de aforro²¹⁶, querendo isto significar que durante esse longo período de tempo os herdeiros podiam ter exercido livremente o seu direito de transferência ou de resgate mas nada fizeram, sendo evidente que a urgência não é um fator relevante nestes casos. Aliás, na maioria das vezes quando os herdeiros vêm reclamar o crédito ao IGCP, são informados de que os valores correspondentes aos certificados de aforro já foram transferidos para o Fundo de Regularização da Dívida Pública (FRDP), em cumprimento do disposto na lei.

No entanto, ainda que essa transferência de verbas para o FRDP já tenha

²¹⁵ Artigo 131.º (Decretamento provisório da providência)

1. Quando reconheça a existência de uma situação de especial urgência, passível de dar causa a uma situação de facto consumado na pendência do processo, o juiz, no despacho liminar, pode, a pedido do requerente ou a título oficioso, decretar provisoriamente a providência requerida ou aquela que julgue mais adequada, sem mais considerações, no prazo de 48 horas, seguindo o processo cautelar os subseqüentes termos dos artigos 117.º e seguintes. (...)

²¹⁶ Refira-se que também a questão da contagem dos prazos de prescrição e a interpretação do artigo 306.º do CC, que invariavelmente se discute nestes processos, é também motivo de entendimento diverso entre o STA, cujo entendimento consta do processo ora em análise e o STJ (vide Ac. do STJ, proc. 125/06.9, de 22.09.2016)

ocorrido, nada impede que o IGCP possa dar cumprimento a uma decisão judicial que venha a declarar que os certificados de aforro afinal não prescreveram e que nessa medida os herdeiros têm direito ao valor correspondente. Não podemos esquecer que o que está em causa é, como referido, um direito ao crédito, e como os certificados de aforo são valores monetários, facilmente convertíveis em moeda corrente e esta é, como sabemos, um bem fungível, facilmente substituível, não se colocam obstáculos ao cumprimento da decisão judicial pelo IGCP de dar plena satisfação ao pedido em causa.

Mais recentemente, foi proferido um novo Acórdão pelo STA relevante nesta matéria, porém por uma questão de organização cronológica das decisões judiciais e pelo assunto que aborda será o mesmo analisado posteriormente.

No tocante à jurisprudência do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), assinalamos o acórdão de 12-03-2015²¹⁷, prolatado no Processo n.º 11913/15, embora o tema da competência do tribunal não tenha sido sequer abordado.

Decisivo para a matéria em apreço é o acórdão do TCAS, de 02-03-2017, proferido no âmbito do Processo n.º 1396/16.8²¹⁸.

Este acórdão trata precisamente do tema da competência dos tribunais administrativos para a apreciação de litígios emergentes do contrato de subscrição de certificados de aforro.

Sumariando, o acórdão começa por constatar a natureza jurídica do IGCP, E.P.E., como uma pessoa coletiva de direito público com natureza empresarial, dotada de autonomia administrativa e financeira, e património próprio, equiparado a instituição de crédito nos termos definidos no seu Estatuto. Caracteriza a subscrição de certificados de aforro como um contrato de adesão celebrado ao abrigo de normas de direito privado.

Mais refere que o IGCP, E.P.E. comercializa estes produtos financeiros do Estado, em equiparação a uma instituição de crédito e ao abrigo de normas de

²¹⁷ Disponível para consulta em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/1d2c7c5ae906836f80257e0c00541525?OpenDocument>

²¹⁸ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/9cac51e2c2111a23802580e300315e1e?OpenDocument>

direito privado.

Emergindo a relação jurídica em causa de uma relação jurídica de direito privado, a jurisdição administrativa é materialmente incompetente para julgar o litígio em causa.

Por último, faz-se referência ao artigo 15.º da Lei n.º 7/98, de 3 de Fevereiro que determina que “os litígios emergentes das operações de dívida são dirimidos pelos tribunais judiciais.

O sumário deste acórdão do TCAS não deixa margem para dúvidas quanto à incompetência material dos tribunais administrativos para a resolução dos litígios emergentes do contrato de subscrição de certificados de aforro, posição com a qual se concorda.

Ainda no âmbito deste acórdão, dá-se nota da declaração de voto emitida a final por uma Juíza Desembargadora, conforme segue:

“Voto a decisão, explicitando que subscrevi, na qualidade de segunda adjunta, o acórdão deste TCA Sul de 12/03/2015 que apreciou o mérito da pretensão, de natureza idêntica à formulada nos presentes autos, e sobre o qual incidiu o referido Acórdão do STA de 01/10/2015, Proc. 619/15, no qual não nos debruçámos sobre a questão da incompetência em razão da matéria (questão que não vinha questionada no âmbito daquele recurso, mas que não obstante é, como é sabido, de conhecimento oficioso).

A questão não se apresenta absolutamente líquida, mas ponderando agora os argumentos apresentados, e considerando o quadro normativo convocado na fundamentação do acórdão relatado, e não sendo o critério da natureza pública da pessoa coletiva demandada o único e decisivo, à luz do disposto no artigo 4º do ETAF, para que a competência material pertença aos Tribunais Administrativos, tem que reconhecer-se que no caso a competência material não é atribuída ao Tribunais Administrativos, pertencendo assim aos Tribunais Comuns, cuja competência é residual (vide, a propósito, a título ilustrativo os acórdãos do Tribunal de Conflitos de 26-01-2017, Proc. 052/14; de 07-07-2016, Proc. 048/15; de 07-06-2016, Proc. 033/15; de 22-04-2015, Proc. 01/15; de 09-07-2014, Proc. 032/14 ou de 19-01-2012, Proc. 014/11).”

Resulta desta declaração a confirmação daquilo que referimos logo na introdução deste trabalho, isto é, que o tema da determinação da jurisdição

competente nesta matéria ainda não está devidamente sedimentado. Reconhece-se aqui expressamente que em anteriores litígios semelhantes não se ponderou a questão da incompetência material dos tribunais administrativos, no caso concreto por a questão não constar do recurso apreciado, no entanto, admite a Juíza Desembargadora que a matéria da competência é de conhecimento oficioso.

Afirma, ainda, que a questão não é absolutamente líquida, podendo aqui equacionar-se se a dificuldade resulta da delimitação da competência dos tribunais administrativos, conforme resulta do art.º 4 do ETAF, não ser suficientemente clara e precisa ou se são os contornos das entidades de direito público que no exercício da sua atividade atuam sob a égide do direito privado, que dificultam a tarefa de determinação da competência dos tribunais (ou eventualmente os dois).

No presente aresto, serviu de base à decisão a ponderação dos elementos referidos no sumário, em articulação com o disposto no artigo 4.º do ETAF, designadamente não ser decisivo para a determinação da competência dos tribunais administrativos a circunstância de estarmos perante um litígio em que intervenha uma pessoa coletiva pública e, bem assim, o disposto no art.º 15.º da Lei n.º 7/98, tudo conjugado conduziu a que se concluísse que a resolução deste tipo de litígios não pertence à jurisdição administrativa mas sim à competência dos tribunais judiciais.

Este acórdão do TCAS foi proferido na sequência de recurso interposto da decisão do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa (TACL), no âmbito do referido processo n.º 1396/16.8BELSB²¹⁹.

Em primeira instância, a decisão da Juíza do processo foi bastante diferente tendo esta considerado o seguinte quanto à matéria da competência material dos tribunais administrativos:

“Começa-se por referir que se reconhece que a admissibilidade da competência da jurisdição administrativa para decidir quanto à verificação ou não da prescrição de direito fundado em contrato de subscrição de certificados do tipo B não é isenta de dúvidas. Contudo, afigura-se-nos que a definição unilateral da situação jurídica concreta constitui ato de autoridade, por não se

²¹⁹ Decisão que não se encontra publicada na DGSJ.

tratar de aspeto do contrato de subscrição que constitua ato meramente opinativo. Na verdade, constitui pressuposto da posterior operação de registo dos títulos em apreço a favor do Fundo de Regularização da Dívida Público, sendo que este será um ato de execução daquele. Este aspeto é determinante da aferição da natureza da relação jurídica subjacente para efeitos de fixação da competência do tribunal.”

Não escondeu, todavia, a magistrada deste tribunal as dúvidas que teve na apreciação desta matéria, tendo optado por considerar que o facto de as normas que constituem as cláusulas do contrato de subscrição de certificados de aforro não serem acordadas entre as partes, isto é, como referimos atrás, não existir qualquer margem de negociação das normas aplicáveis à subscrição de certificados de aforro, constituía um ato de autoridade e que a transferência dos valores prescritos para o FRDP era um ato de execução daquele.

Com base nesta caracterização, concluiu que estávamos perante uma relação jurídica administrativa e nessa medida os tribunais administrativos eram os competentes.

Escusado será dizer que se discorda por completo com o enquadramento efetuado no TACL, porquanto desconsidera para o efeito o facto de se tratar de um contrato de adesão, que recorre à figura de cláusulas contratuais gerais, e que a utilização de um contrato de adesão não implica ou não é um sinónimo de ato de autoridade. Também não se pode concordar com a posição que afirma que, quando o Estado define que os valores prescritos de títulos representativos de dívida pública devem seguir para um fundo que serve para regularizar a dívida pública, esta circunstância configure um ato de execução do suposto ato de autoridade antecedente.

Uma última referência a uma decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Penafiel, proferida no âmbito do Processo n.º 2435/15.5,²²⁰ que não tomando partido claro sobre a natureza do contrato de subscrição de certificados de aforro (o que pode mais uma vez indicar que existem dúvidas quanto a esta matéria), em que o juiz se socorreu meramente da norma constitucional, da

²²⁰ Decisão não se encontra disponível na DGSI.

doutrina vigente e da norma do foro da Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro, para chegar à mesma conclusão que o TCAS, isto é, a incompetência material dos tribunais administrativos para a resolução destes litígios.

Assim, importa transcrever a linha de raciocínio subjacente a esta decisão judicial:

“ Nos termos do disposto no artigo 13.º do NCPTA, “O âmbito da jurisdição administrativa e a competência dos tribunais administrativos, em qualquer das suas espécies, é de ordem pública e o seu conhecimento precede o de qualquer outra matéria”, isto é, ao contrário do que sucede no CPC, no âmbito do NCPTA todas as questões relativas à competência dos tribunais administrativos são simplificadas e de conhecimento oficioso, precedendo o conhecimento de qualquer outra questão.

Decorre do teor (...) da PI, (...) o objeto da presente ação refere-se ao resgate/restituição (...) de certificados de aforro subscritas pelo aforrista (...).

Com efeito a causa de pedir subjacente à presente ação sustenta-se na realidade no direito a que os autores se arrogam de resgatar a totalidade da quantia referente às referidas unidades de certificados de aforro, o que não foi possível, alegadamente, por o IGCP ter entendido que o direito de resgate de tal montante prescreveu (...).

Em suma, entende o tribunal que o presente litígio emerge de operações de dívida pública, mais concretamente, de certificados de aforro.

Ora, a competência material dos tribunais administrativos encontra-se fixada nos artigos 1.º, 4.º e 44.º do NETAF e art.º 212.º da CRP.

Não obstante a competência dos tribunais administrativos se encontrar constitucionalmente fixada através da adopção de uma “cláusula geral” na medida em que o n.º 3 do art.º 212.º da CRP se preceitua que “compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”, o certo é que com isso não se pretendeu estabelecer, necessariamente, uma reserva material absoluta.

Tal preceito constitucional visa apenas consagrar os tribunais administrativos como os tribunais comuns em matéria administrativa sendo certo que de acordo com a jurisprudência e a doutrina dominantes não é inconstitucional a norma que atendendo a critérios de oportunidade, proximidade e acessibilidade, tradição e outros, atribua aos tribunais comuns a competência para conhecer as relações jurídicas administrativas.

Dessa forma, é consentido ao legislador ordinário que pontualmente atribua a tribunais não administrativas (designadamente, a tribunais judiciais) competência para dirimir litígios emergentes de relações jurídicas administrativas.

Tal é o que sucede no caso em apreço.

De facto, através da Lei n.º 7/98, de 03/02, (com as alterações introduzidas pelo artigo 81.º da Lei n.º 87-B/98, de 31/12), o legislador instituiu o Regime geral de emissão e gestão de dívida pública, em cujo art.º 15.º estatui o seguinte:

“Os litígios emergentes de operações de dívida pública directa serão dirimidos pelos tribunais judiciais, devendo as competentes acções ser propostas no foro da comarca de Lisboa, salvo de contratualmente sujeitas a direito e foro estrangeiro).”

Ora, atento no supra exposto, impõe-se desde logo extrair três conclusões:

1.ª o legislador ordinário previu no Regime geral de emissão e gestão de dívida publica uma norma de atribuição de competência para os litígios emergentes de operações de dívida pública;

2.ª na referida norma utilizou uma expressão especialmente abrangente (“litígios”) da qual se retira que compete aos tribunais judiciais (e, em especial ao da comarca de Lisboa) o conhecimento de todos os litígios que emerjam de operações de dívida pública directa (onde se incluem os certificados de aforro).

3.ª este regime geral constitui uma norma de carácter especial face ao ETAF.

Aqui chegados, partindo das supra referidas premissas, presumindo-se que o legislador no referido art.º 15º da Lei n.º 7/98 consagrou a solução mais acertada e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, é nosso entendimento que no caso sub judicio estando em causa um litígio emergente de operações de dívida publica, de acordo com o supracitado artigo 15.º do Regime geral de emissão e gestão de dívida públicas, o mesmo deverá ser dirimido nos Tribunais Judiciais, mais concretamente no da Comarca de Lisboa, impondo-se concluir que a competência em razão da matéria para apreciar a presente ação pertence aquela jurisdição e aquele tribunal em especial e não aos tribunais da jurisdição administrativa.”

Umas breves notas de comentário a esta decisão judicial. Implicitamente, o juiz do processo parece abrir a porta ao entendimento de que os litígios decorrentes da subscrição de certificados de aforro, não fora o art.º 15.ª da Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro, até poderiam caber na competência material dos

tribunais administrativos. Querendo com isto significar que considera a norma do art.º 15.º como a tal possibilidade de o legislador estabelecer desvios pontuais à reserva material do n.º 3 do art.º 212.º da CRP. Não nos é dado a conhecer qual seria o motivo que justificaria tal desvio, mas não deve ser pelo volume de litígios sobre esta matéria que não é significativo.

De qualquer forma, por tudo o que se expôs, mesmo que a norma do art.º 15.ª da Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro não existisse, ainda assim a resolução destes litígios não pertenceria à competência material natural da jurisdição administrativa porque não existe qualquer relação jurídica de direito administrativo subjacente a este contrato.

Por último, e como acima se referiu, o STA proferiu novo acórdão em 24-05-2017, no âmbito do processo n.º 0546/17²²¹, que constitui o mesmo processo em que o TCAS concluiu pela incompetência material dos tribunais administrativos.

Interposto recurso de revista, nos termos do artigo 150.º do CPTA, o STA entendeu, contudo, não admitir aquela revista pelos seguintes motivos:

“I – Não é de admitir a revista tirada de um acórdão que declarou a incompetência «ratione materiae» da jurisdição administrativa para conhecer duma acção relativa ao pagamento de certificados de aforro pelo IGCP se tal decisão – afinal recaída sobre uma questão meramente adjectiva – se afigura correctamente fundamentada.

II – Ademais, não é aconselhável admitir revistas que propiciem uma ulterior sindicância dos consequentes arestos do STA pelo Tribunal dos Conflitos.”

Relativamente a esta decisão há que salientar que o STA veio admitir que a decisão tomada pelo TCAS “*afigura-se corretamente fundamentada*”.

Com esta formulação não se compromete o STA com uma tomada de posição definitiva sobre a matéria da competência material da jurisdição mas dá a entender que a decisão tomada pelo TCAS parece estar bem fundamentada, isto é, que a decisão está bem alicerçada.

A segunda nota naturalmente diz respeito ao trecho em que o STA entende que

²²¹ Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/dd3a0728664bbe3e80258138002d53cd?OpenDocument&Highlight=0,certificados,aforro>

“ não é aconselhável admitir revistas que propiciem uma ulterior sindicância dos consequentes arestos do STA pelo Tribunal dos Conflitos.”

Com efeito, no restante texto do acórdão, pode ainda ler-se a este propósito o seguinte *“ surpreende-se no nosso direito processual a ideia («vide» o art. 101.º, n.º 2, do CPC) de que há alguma inconveniência em submeter as pronúncias dos Supremos Tribunais ao escrutínio do Tribunal dos Conflitos. E este pormenor também concorre para tornar desaconselhável a admissão da revista.”*

Ora, o n.º 2 do artigo 101.º (Fixação definitiva do tribunal competente) diz o seguinte: *“se a Relação tiver julgado incompetente o tribunal judicial por a causa pertencer ao âmbito da jurisdição administrativa e fiscal, o recurso destinado a fixar o tribunal competente é interposto para o Tribunal dos Conflitos.”*

Efetivamente o preceito faz referência à Relação, isto é, a um tribunal de 2.^a instância e não aos tribunais superiores. No entanto, entender que *“não é aconselhável”* ou que *“há alguma inconveniência em submeter as pronúncias dos Supremos Tribunais ao escrutínio do Tribunal dos Conflitos”*, com base na norma invocada parece-nos uma interpretação muito discutível, tanto mais quando o n.º 3 do art.º 109.º do CPC dispõe que não há conflito enquanto forem suscetíveis de recurso as decisões proferidas sobre a competência.

Por outro lado, esta solução (ou falta dela) coloca outros problemas de natureza prática, designadamente o facto de que enquanto persistir um acórdão do STA que entendeu pronunciar-se sobre a matéria dos contratos de subscrição e certificados de aforro, aparentemente sem cuidar de saber se tal matéria lhe competia, fomenta que novos processos sejam intentados na jurisdição administrativa e, nessa medida, continuem a ser proferidas decisões nos tribunais administrativos inferiores sustentados naquele aresto, perpetuando-se assim esta situação de dualidade de jurisdições que se consideram competentes para a resolução do mesmo tipo de litígios. Acresce que as decisões tomadas nos tribunais administrativos tendem a efetuar uma análise, a nosso ver, forçada e descabida, do contrato de subscrição de aforro do ponto de vista de uma relação jurídica de direito administrativo o que já se demonstrou não corresponder ao seu enquadramento legal.

Neste contexto, seria fundamental que o STA se pronunciasse sobre a competência material da jurisdição administrativa na resolução deste tipo de litígios, no sentido de tomar uma posição clara sobre a questão. Caso se considere incompetente, o anterior aresto de 01-10-2015 perderia grande parte da sua influência. Se se considerar competente, aí sim será necessário recorrer-se ao Tribunal de Conflitos de modo a resolver-se o conflito de jurisdições. Aliás, é para essa finalidade, entre outras, que o Tribunal de Conflitos existe, conforme resulta do preceituado nos artigos 109.º e 110º do CPC.

POSIÇÃO ADOTADA

A jurisdição competente em matéria de litígios relativos a títulos representativos da dívida pública, em especial os que se prendem com os certificados de aforro, é a jurisdição dos tribunais judiciais e não a jurisdição administrativa.

O contrato de subscrição de certificados de aforro não decorre de normas de direito administrativo, nem as partes optaram por submetê-lo a tal regime. Assim, do contrato de subscrição de certificados de aforro não resulta uma relação jurídica gerida por normas de direito administrativo.

O contrato de subscrição de aforro resulta de um acordo de vontades. É um negócio jurídico celebrado voluntariamente e não um ato de autoridade ou de poderes públicos.

O contrato de subscrição de certificados de aforro é um contrato de adesão celebrado ao abrigo de normas de direito privado (designadamente, de direito financeiro).

A jurisdição administrativa é naturalmente incompetente para julgar um contrato celebrado sob a égide de normas de direito privado.

Não existe preceito legal que institua algum desvio à norma constitucional de delimitação da jurisdição administrativa (art.º 212, n.º 3 da CRP), atribuindo-lhe a resolução deste tipo de litígios. Pelo contrário, existe uma norma expressa prevista no art.º 15.º da Lei n.º 7/98, de 3 de fevereiro que determina que “os

litígios emergentes das operações de dívida direta serão dirimidos pelos tribunais judiciais (...).”

A alínea e) do n.º 1 do art.º 4.º do ETAF deixa margem para que os contratos privados celebrados por pessoas coletivas de direito público sejam da competência dos tribunais judiciais, tanto mais que estes contratos não estão submetidos às normas da contratação pública, dado que estão expressamente excluídos do âmbito de aplicação objetivo do Código dos Contratos Públicos [alínea e) do n.º 4 do art.º 5].

O IGCP é uma entidade pública empresarial, sendo-lhe aplicável o Regime Jurídico do Sector Empresarial Público, que determina que o regime geral das empresas públicas é o direito privado, exceto quando atuem no exercício de poderes ou prerrogativas de autoridade, o que não é manifestamente o caso.

Determina ainda que as empresas públicas só são equiparadas a entidades administrativas quando pratiquem atos ou celebrem contratos no exercício de poderes de autoridade. Nos demais litígios, seguem-se as regras gerais de determinação da competência material dos tribunais, querendo isto significar que os contratos de direito privado serão, em regra, julgados pelos tribunais judiciais.

Em suma, nada aponta para que o tribunal competente para a resolução dos litígios decorrentes da subscrição de certificados de aforro sejam os tribunais administrativos, motivo pelo qual deve a resolução destes litígios ser da competência dos tribunais judiciais.

CONCLUSÕES FINAIS

Dos três capítulos que constituem este trabalho podemos extrair as seguintes conclusões:

- Os empréstimos públicos remontam à antiguidade, porém, só no século XVIII surgiram estudos económicos sobre os efeitos da dívida pública.
- Os primeiros empréstimos públicos em Portugal foram uma experiência ruínosa para a economia do país.
- Com vista à integração na UEM e na moeda única, Portugal iniciou um

período de grandes alterações internas a nível económico e financeiro.

- Com as alterações económicas implementadas o país voltou a assegurar a possibilidade de financiamento externo do país através do mercado de capitais.
- Em 1996 é criado o IGCP ao qual foi atribuída a natureza de instituto público e, em 2012, o IGCP, I.P. passa a Agência da Gestão da Tesouraria e Dívida Pública – IGCP, E.P.E.
- O setor público empresarial visa acomodar a intervenção do Estado na economia de forma eficiente, tendo sempre presente o interesse público.
- O IGCP, E.P.E. exerce uma atividade económica na área dos serviços financeiros, tendo por missão gerir, de forma integrada, a tesouraria, o financiamento e a dívida pública direta do Estado.
- O RJSEP determina que as entidades públicas empresariais se regem pelo direito privado, exceto quando atuem ao abrigo de prerrogativas ou poderes de autoridade.
- Ao IGCP, E.P.E não foram atribuídos poderes de autoridade.
- O IGCP, E.P.E emite títulos representativos da dívida pública em nome do Estado, de acordo com um regime legal previamente definido.
- A gestão da dívida pública pelo IGCP, E.P.E passa pela emissão de diversos instrumentos financeiros, designadamente: valores mobiliários, instrumentos monetários e instrumentos derivados.
- A aquisição/subscrição por terceiros de instrumentos financeiros emitidos pelo Estado constitui-se como um empréstimo público.
- Os empréstimos públicos têm natureza contratual, resultam de um acordo de vontades, sob a égide de normas de direito privado.
- Os certificados de aforro são instrumentos monetários, escriturais, nominativos, reembolsáveis, destinados à captação de poupanças familiares.
- As cláusulas de onde consta m as condições (obrigações e deveres) do contrato de subscrição de certificados de aforro constam de um diploma base e de um diploma específico relativo à série dos certificados de aforro.
- A norma constitucional prevista no n.º 3 do artigo 212.º da CRP delimita

a competência dos tribunais administrativos e fiscais aos litígios emergentes de relações jurídicas administrativas.

- A norma constitucional constitui uma reserva material de competência relativa, mantendo o legislador uma margem de liberdade para introduzir desvios pontuais, desde que preserve o núcleo essencial do modelo constitucional.
- Não existe definição legal de relação jurídica administrativa, pelo que tradicionalmente entende-se ser uma relação jurídica pautada por normas de direito administrativo.
- Sem prejuízo de pontuais desvios expressamente previstos pelo legislador, as relações de direito privado estão excluídas do âmbito de competência material natural da jurisdição administrativa.
- Os contratos de empréstimo público do IGCP são considerados contratação excluída do CCP [alínea e) do n.º 4 do art.º 5].
- O regime jurídico de emissão de dívida pública estabelece expressamente que os litígios emergentes das operações de dívida pública direta serão dirimidos pelos tribunais judiciais.
- O ETAF continua a deixar de fora da jurisdição administrativa os litígios da Administração Pública submetidos a um regime de direito privado e que não hajam de ser celebrados nos termos do CCP.
- Em algumas decisões, os tribunais administrativos já se pronunciaram pela incompetência material da jurisdição administrativa para a resolução dos litígios emergentes da subscrição de certificados de aforro.
- A jurisdição competente em matéria de litígios relativos a títulos representativos da dívida pública, em especial nos que envolvem os certificados de aforro, é a jurisdição dos tribunais judiciais e não a jurisdição administrativa.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., IGCP, “Reforma da Dívida Pública”, legislação anotada, 1.ª edição, 1999.
- AA.VV., - “*Emissão e Gestão da Dívida Pública, legislação anotada*”, Visilis Editores, maio, 2014,
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, “Instrumentos Financeiros”, 2.ª edição, Almedina, 2014.
- ASSIS RAIMUNDO, MIGUEL, “As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos”, Almedina, 2007
- ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO “A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração pública”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 64, julho/agosto de 2007.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO “*Requiem* pelo Contrato Administrativo”, Almedina, 1990.
- FERNANDES CARVALHO, NUNO, “Apólices do Real Erário”, Gabinete de Património Histórico da Caixa Geral de Depósitos, Outubro de 2013, <https://www.cgd.pt>
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, PEDRO “Alterações no âmbito de aplicação do Regime de Contratação Pública à luz do anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos”, integrado na publicação “Atas da conferência - A revisão do Código dos Contratos Públicos”, Maria João Estorninho e Ana Gouveia Martins (coord.), Editora ICJP/CIDP, 2016 <https://www.icjp.pt/>
- FREITAS DE AMARAL, DIOGO, “Curso de Direito Administrativo”, volume I, 4.ª edição, Almedina, 2016.
- FREITAS DE AMARAL, DIOGO, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, “*Curso de Direito Administrativo*”, volume II, 3.ª Edição, Almedina, 2016.
- GUERRA TAVARES, GONÇALO / MONTEIRO DENTE, NUNO, “Código dos Contratos Públicos”, Comentado, volume I, Almedina, 2009.
- MIRANDA, JORGE / MEDEIROS, RUI, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo III, Organização do Poder Político, Garantia e Revisão da Constituição, Coimbra Editora, 2007.
- NABAIS, JOSÉ CASALTA, “Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal Portuguesa”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*,

nov/dez 2014.

- NETO, ABÍLIO, “Código Civil Anotado”, 19.^a edição, Ediforum, Edições Jurídicas, Lda., Lisboa, 2016.
- NEVES, ANA FERNANDA, “Âmbito de jurisdição e outras alterações ao ETAF”, in E-PÚBLICA, Revista Eletrónica de Direito Público, número 2, 2014
- OTERO, PAULO, “Vinculação e Liberdade de conformação jurídica do Sector Empresarial do Estado”, Coimbra Editora, 1998.
- PACHECO DE AMORIM, JOÃO, “Direito Administrativo da Economia”, Vol. I (Introdução e Constituição económica), Almedina, 2014.
- PAZ FERREIRA, EDUARDO, “Da Dívida Pública e das Garantias dos Credores do Estado”, Almedina, 1995.
- PEREIRA DA SILVA, VASCO, Para um Novo Código dos Contratos Públicos Ambientalmente Sustentável”, artigo inserido na publicação “A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos”, coordenação de Maria João Estorninho, Edição ICJP, 2016, <https://www.icjp.pt>
- PINHEIRO, JOÃO HENRIQUES, “Âmbito de aplicação do Código dos Contratos Públicos e normas comuns de adjudicação”, Coimbra, 2011, publicações CEDIPRE Online -5, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>
- QUADROS, FAUSTO DE / SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL / CHANCERELLE DE MACHETE, RUI / VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS / DIAS GARCIA, MARIA DA GLÓRIA / AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO / HENRIQUES, ANTÓNIO POLÍBIO / SARDINHA, JOSÉ MIGUEL, “Comentários à revisão do Código de Procedimento Administrativo”, Almedina, 2016.
- REBELO DE SOUSA, MARCELO e / SALGADO DE MATOS, ANDRÉ, “Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral”, Dom Quixote, 2008
- SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS / GONÇALVES, MARIA EDUARDA / LEITÃO, MARIA MANUEL, “Direito Económico”, 7.^a edição, Almedina, 2016.
- SANTOS, EMANUEL AUGUSTO DOS, “A Dívida Pública: compreender o problema para encontrar uma solução”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 7, Núm. 2, Verão.
- SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL “Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos”, Coleção Teses, Almedina, 1987.
- SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, “Estudos em Memória do Professor Castro Mendes”, 1995.

- SOUSA FRANCO, ANTÓNIO L. DE, “Finanças Públicas e Direito Financeiro”, volume I e II, 4.^a edição – 2.^a reimpressão, Almedina, 1995.
- TRIGO PEREIRA, PAULO / AFONSO, ANTÓNIO/ ARCANJO, MANUELA / GOMES SANTOS, JOSÉ CARLOS, “Economia e Finanças Públicas”, Escolar Editora, 2005.
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS “A Justiça Administrativa”, 15.^a edição, Almedina, 2016.
- VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS “Lições de Direito Administrativo”, 4.^a edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(disponível em www.tribunalconstitucional.pt)

- Acórdão n.º 541/04 do TC, proc. 786/2003, de 15 de julho de 2004.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(disponíveis em www.dgsi.pt, salvo indicação em contrário)

- Acórdão do STJ, Proc. 02A4701, de 11 de fevereiro de 2003.
- Acórdão do STJ, Proc. 05A3169, de 08 de novembro de 2005.
- Acórdão do STJ, Proc. 1741/13.8, de 28 de fevereiro de 2015 (decisão singular não se disponível)
- Acórdão do STJ, Proc. 125/06.9, de 22 de setembro de 2016.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(disponíveis em www.dgsi.pt)

- Acórdão do TRL, Proc. 3850/2005-6, de 05 de maio de 2005.
- Acórdão do TRL, Proc. 8477/2006-8, de 14 de dezembro de 2006.

SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

(disponíveis em www.dgsi.pt)

- Acórdão do STA, Proc. 619/15, de 1 de outubro de 2015.
- Acórdão do STA, Proc. 0546/17, de 24 de maio de 2017.

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL

(disponíveis em www.dgsi.pt)

- Acórdão do TCAS, Proc. 10786/14, de 19 de junho de 2014.
- Acórdão do TCAS, Proc. 11913/15, de 12-03-2015.
- Acórdão do TCAS, Proc. 1396/16.8, de 2 de março de 2017.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÍRCULO DE LISBOA

(decisão indisponível em www.dgsi.pt)

- Sentença do TACL, proc. 1396/16.8BELSB, de 19 de outubro de 2016.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO E FISCAL DE PENAFIEL,

(decisão indisponível em www.dgsi.pt)

- Sentença TAFP, proc. 2435/15.5, de 17 de maio de 2016.